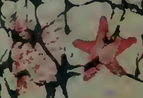
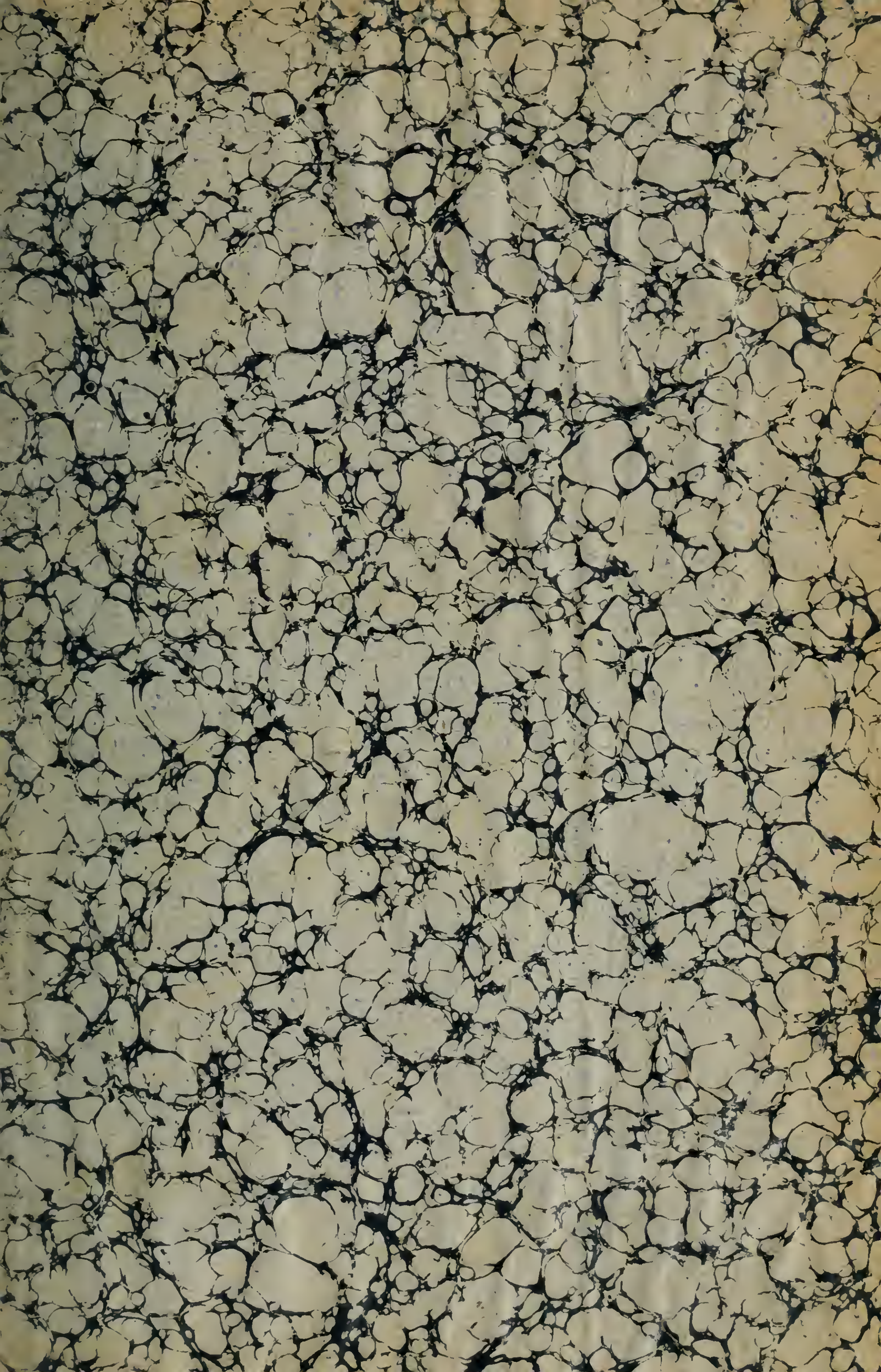

Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Civilis




04 OCT 1971

37141

040

L'ESPRIT

DU

DROIT ROMAIN.

DÉPOSÉ.

F7X

L'ESPRIT

DU

DROIT ROMAIN

DANS LES

DIVERSES PHASES DE SON DÉVELOPPEMENT



PAR

R. von JHERING

Professeur ordinaire de droit à l'Université de Goettingen

TRADUIT SUR LA 3e ÉDITION AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR

O. DE MEULENAERE

Juge au tribunal de première instance à Bruges

DEUXIÈME ÉDITION

TOME III

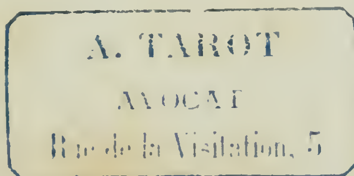
PARIS

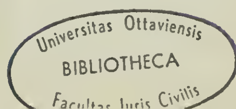
A. MARESCQ, Aîné, ÉDITEUR

20, rue Soufflot et 17, rue Victor-Cousin

GAND : F. CLEMM, 24, rue de l'Université

MDCCCLXXX





JA
147
.J435

Gand, impr. Eug. Vanderhaeghen.

LIVRE II.

(Suite).

SYSTÈME DU DROIT STRICT.

TITRE III.

TECHNIQUE DU DROIT ANCIEN.

CHAPITRE I. — *Notion de la technique en général.*

SECTION I. — *Appréciations divergentes du juriste et de l'homme du monde.*

Réalité et nécessité de cette différence. — Apologie de la jurisprudence. — Prétendu caractère naturel de la conception des gens du monde. — La saine raison humaine sans l'expérience. — Valeur et influence de l'expérience. — La jurisprudence est un précipité de la saine raison humaine en matière de droit.

Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit. SÉNÈQUE, ep. 120.

42. Après avoir fait de la direction idéale du sentiment juridique des Romains l'objet de notre étude, dans le titre précédent, nous allons exposer maintenant avec quel art tout particulier ces idées furent transportées dans le domaine de la réalité. Ce travail, bien qu'étroitement lié à tout ce qui précède, nous montrera le droit sous un aspect tout-à-fait nouveau.

Nous avons étudié le droit dans ses tendances *morales* : nous avons à l'examiner, dans ce qui va suivre, à son point de vue purement *juridique*. Jusqu'ici nous avons analysé des idées, des conditions, qui trouvaient leur raison dernière, soit dans la destination morale du droit, soit dans le sentiment juridique

naturel; nous avons touché à des notions accessibles et familières à l'homme du monde aussi bien qu'au juriste. Maintenant se présente une toute autre matière. Nous sommes transportés en quelque sorte dans une autre sphère, où tout doit paraître, à l'homme du monde, nouveau, disparate, étrange. Il n'a pas l'intelligence de ce monde où nous abordons, il le juge même au travers d'une foule de préjugés. Sans me dissimuler en rien le caractère aventureux de l'entreprise et les grandes difficultés qu'elle offre, difficultés qui ne sont pas insurmontables cependant, je n'en invite pas moins les gens du monde à me suivre sur ce terrain de la jurisprudence proprement dite; quant au lecteur juriste, je ne crois pas que ce soit l'inviter à une trop forte épreuve que de lui demander de se mettre un instant à la place des gens du monde.

La *méthode juridique* fera l'objet principal de notre étude. Si c'est là une matière où tout homme du monde doit se sentir entièrement dépaysé, aucune autre ne devrait être plus familière au juriste, car c'est elle précisément qui le fait juriste. Ce n'est pas trop s'avancer cependant que d'affirmer qu'à la plupart des juristes manque complètement la perception nette de la méthode. Familière avec toutes les autres lois, notre science du droit en est presque à ignorer *ses propres lois*.

Les juristes se rendent bien compte de la méthode juridique, ils la jugent bien dans la pratique et par ses applications, mais cette connaissance est pour eux plutôt affaire de sentiment et d'expérience que de conscience. Demandez-leur ce qui constitue l'essence de la méthode juridique, en quoi la manière dont le juriste juge les relations juridiques diffère de l'appréciation des gens du monde, demandez-leur quels sont les buts, les moyens et les principes fondamentaux de la méthode, leur réponse sera loin d'être satisfaisante. Les juristes romains, eux-mêmes, ces virtuoses de l'application pratique de la méthode, n'ont pas fait, que je sache, le plus timide essai pour en tracer une théorie. On ne trouve chez eux aucune explication de son but, de sa mission, aucun renseignement, pas un mot même, sur les

principes qui la dominent. C'est bien là une preuve nouvelle de cette ancienne vérité que la pratique rigoureuse et même la floraison la plus éclatante d'un art ne dépendent point de la connaissance scientifique de ses lois et de son essence.

Pour combler cette lacune, je veux, avant d'aborder l'examen de la technique *romaine,* examiner *l'essence et les lois fondamentales de la technique juridique en général.* Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que ces explications n'ont d'autre but que de faciliter l'intelligence du droit romain *ancien.* Il est donc inutile d'y chercher ce que je ne pourrais traiter, en ce moment, sans perdre de vue l'objet de mon livre. Il serait prématuré et déplacé d'entrer ici dans des développements sur la mission de la jurisprudence, qui ne se rattachent pas à l'*ancien* droit romain. Le développement *ultérieur* de la jurisprudence romaine me fournira largement l'occasion de compléter ce qui manquera, et de donner au lecteur un aperçu des procédés mûris et raffinés d'une jurisprudence parvenue à sa plus entière perfection. C'est de l'*enseignement élémentaire* dans l'art juridique que nous nous occupons uniquement. L'art lui-même commence partout, dans l'histoire, par les éléments.

La théorie de la technique, telle que je vais l'établir, est puisée, il est vrai, dans l'examen du droit *romain.* Elle n'en est pas moins d'une vérité générale. Les phénomènes que nous avons étudiés dans le volume précédent avaient aussi pour base, malgré leur forme nationale romaine, des idées d'une vérité générale, des buts dont la poursuite doit être l'objet de toute législation quelconque. En effet, non seulement le but final du droit fait de l'étude dont nous allons nous occuper un problème qu'il est absolument nécessaire de résoudre, mais la solution même que Rome lui a donnée, doit être considérée comme étant d'une exactitude rigoureuse, et puisée dans la nature même des choses. On peut soutenir avec une certitude apodictique que les principes de la méthode mathématique seront toujours invariablement les mêmes, pour tous les temps. Il en est de même de la méthode juridique. La voie parcourue par

le droit romain ancien, est la voie absolue de la jurisprudence; elle n'est pas plus romaine, que n'est grecque celle qu'ont suivie, en mathématiques, Euclide et Archimède. Les rudiments de la méthode juridique se retrouvent dans tous les droits; ils précèdent même la période de la jurisprudence scientifique. La gloire des Romains est de ne pas s'en être tenus à de simples rudiments. *La méthode juridique n'est pas une règle extérieure, arbitrairement appliquée au droit; c'est le moyen unique fourni par le droit lui-même, en vertu d'une nécessité contenue dans son essence même, de régler d'une manière assurée la marche du droit dans le domaine de la pratique.* L'histoire ne s'occupe point de la méthode en elle-même, mais elle s'intéresse à l'adresse et au talent que les peuples montrent en cette matière.

C'est un phénomène bien connu et qui se représente partout, que le droit, à mesure qu'il atteint un certain degré de développement, se soustrait de plus en plus à la connaissance des masses, pour devenir l'objet d'une étude spéciale. Je ne parle point des travaux des savants ni de l'enseignement de l'école. Ce qu'il est essentiel de remarquer, c'est que la connaissance du droit, d'abord aisément accessible à tous, exige, à mesure que le progrès se fait, un ensemble de vues et une contention d'esprit tout particuliers que chacun n'est pas à même d'apporter à cette étude. Il s'établit finalement, au point de vue de la connaissance du droit, une distinction qui se résume en une appréciation différente de la part du juriste et de la part de l'homme du monde. Quand le juriste apparaît dans l'histoire, le droit a dépassé la période de l'enfance et de l'existence naïve. Le juriste est le héraut de cette évolution inévitable dans la vie du droit. Ce n'est point le juriste qui crée cette évolution, c'est celle-ci au contraire qui produit le juriste. L'homme du monde ne recule point chassé par le juriste; le juriste entre en scène parce que l'homme du monde a besoin de lui. On a vu un fait

regrettable dans cette évolution, on a déploré ce qui en était la suite, la perte de la conscience du droit chez les gens du monde : l'histoire de la science, comme celle de la législation, témoigne de maintes tentatives faites pour combler la distance entre ceux-ci et le juriste, ou tout au moins pour les rendre moins étrangers à la jurisprudence. Efforts stériles, vaine insurrection contre l'histoire! Le fait que l'on voulait faire disparaître n'est, en somme, que la réalisation sur le terrain du droit, d'une loi générale de la civilisation : la loi de la division du travail. Toute résistance à cette loi est impuissante et insensée, ici comme partout ailleurs.

Le motif qui rend impossible à un homme du monde la connaissance et la pratique d'un droit perfectionné n'est point celui qu'il serait lui-même tenté d'indiquer : la *masse des matériaux* à connaître. L'impossibilité gît plutôt dans la *nature* même de ces matériaux et dans la difficulté particulière qui en résulte, de se les assimiler et de s'en servir. Le droit est tout autre chose qu'une simple masse de *lois*. (V. Tome 1, p. 36-44). Aussi bien que le juriste, l'homme du monde est apte à apprendre des lois par cœur; mais le simple bon sens seul ne suffit pas pour comprendre le droit et pour l'appliquer. Il faut pour cela une double qualité : *un pouvoir* particulier *de conception* d'abord, qui ne s'acquiert qu'au bout d'un grand nombre d'années d'efforts et d'exercice, une habitude particulière de la pensée abstraite : *l'intuition juridique;* — ensuite, le talent d'opérer à l'aide des notions du droit, la faculté de transformer tour à tour l'abstrait et le concret, le coup d'œil et la perception nette des principes du droit dans les espèces proposées (*diagnostic juridique*), en un mot : l'*art juridique.* Ces deux qualités réunies forment l'*éducation juridique.* C'est elle, et non point la masse des connaissances qui distingue le juriste de l'homme du monde; c'est elle, et non point le degré du savoir, qui fait la valeur du premier. On peut, avec un savoir modéré être un juriste distingué, comme on peut aussi, malgré des connaissances fort étendues, n'être qu'un juriste médiocre. L'exemple de certains savants théoriciens en est

une preuve malheureusement trop fréquente. Nulle autre culture du droit, si précieuse qu'elle soit, comme le sont en réalité la philosophie ou l'histoire du droit, ne peut remplacer cette éducation. Quelle que soit l'estime que l'on accorde à pareille science, on ne peut lui donner le nom de *juridique* (1).

L'éducation juridique s'acquiert il est vrai, au moyen de l'étude d'une législation positive unique, mais elle n'y est pas fatalement attachée, sinon le juriste aurait toujours à redouter de voir, avec le droit existant, sombrer sa propre valeur comme juriste. Dans cette étude il n'apprend pas seulement *ce* droit, mais *le* droit, de même que celui qui étudie scientifiquement *une* langue, acquiert en même temps une idée de l'essence, des lois, etc., du langage en général. En dehors de son savoir purement positif, de sa connaissance de tel droit déterminé, le juriste possède une science autre, plus élevée, plus générale; celle-là n'est pas attachée au sol; c'est un trésor scientifique que nul changement de lois et nul déplacement ne peuvent enlever ou déprécier. La possession de cette science est la véritable fleur, le fruit le plus noble d'une existence vouée au droit.

(1) Hegel, *Rechtsphilosophie*, § 215 : « La caste des juristes qui possède » une connaissance spéciale des lois, croit souvent en avoir le monopole, » et dénie toute compétence à ceux qui ne sont pas du métier. Mais il ne » faut pas être cordonnier pour savoir si l'on a des souliers bien faits. Il » ne faut pas davantage être du métier pour se rendre compte de choses » qui sont d'un intérêt général. » Certes on ne refusera pas à celui qui doit porter les souliers le droit de juger s'ils le chaussent convenablement; mais il en est tout autrement du droit de dire au cordonnier comment il doit les faire. J'ai plus appris en un certain sens, dans Hegel, Stahl et Trendelenburg, que dans une foule de livres purement juridiques; mais quant à la technique du droit le philosophe de profession doit l'apprendre du juriste de profession, s'il ne veut s'exposer à de grossières méprises sur des objets d'importance; ou plutôt il doit subordonner son jugement à celui du juriste, car le jugement ne peut réellement être acquis en cette matière que par la pratique et par l'expérience.

L'éducation juridique plane au-dessus du droit national; elle rallie comme sur un terrain neutre, international, les juristes de toutes les contrées et de toutes les langues. Les objets de leurs connaissances, les institutions et les droits des divers pays diffèrent, mais la manière de les considérer et de les concevoir est identique — *les vrais juristes de tous les pays et de toutes les époques parlent la même langue.* Ils se comprennent entre eux; mais le juriste et l'homme du monde, même lorsqu'ils se parlent de leur propre droit ne parviennent point, le plus souvent, à s'entendre. La distance qui sépare l'homme du monde le plus instruit et un juriste de notre époque, est infiniment plus grande que celle qui existe entre un juriste de l'ancienne Rome et un juriste anglais, qui n'a jamais ouï parler du droit romain. La jurisprudence anglaise, dans son ignorance du droit romain, est presque imprégnée du même esprit que la jurisprudence antique de Rome. Même respect de la forme, même pédanterie, mêmes détours et actes simulés : jusqu'aux fictions qui n'y manquent point. Cette espèce d'architectonique juridique, un peu lourde et baroque, il faut bien en convenir, (on pourrait la nommer le style rococo du droit) échappe complétement à l'intelligence de l'homme du monde, au point qu'il s'en étonne et qu'il en rit; mais le juriste la saisit sans peine. Que l'on fasse même complétement abstraction de ces formes de la technique juridique appartenant à une phase peu avancée du développement du droit, la pensée juridique comme telle, restera toujours pour l'homme du monde, chose étrangère et incompréhensible. L'homme du monde trouvera bizarre que le juriste admette *deux* opérations là où il n'en perçoit, lui, qu'une seule [2], ou qu'il n'admette aucun acte, là où il soutient lui,

[2] Par ex. lorsqu'un débiteur paie à une tierce personne sur l'ordre de son créancier, le juriste voit là, d'abord un paiement du débiteur à son créancier (réalisé entre les mains du tiers), et ensuite l'acte juridique entendu entre le créancier et ce tiers, et exécuté au moyen de ce paiement

qu'il y en a un ou même plusieurs [3]; il s'étonnera que là où il y a, en réalité, un acte extérieur, le juriste ne l'admette point ou qu'il le conçoive tout autrement qu'il se manifeste extérieurement [4], et qu'il traite d'une manière tout à fait différente des actes qui extérieurement, se présentent absolument sous le même aspect [5]. Dans tous ces cas cependant, il ne s'agit pas de conceptions particulières aux juristes *romains,* mais de considérations et de décisions d'une nécessité logique si impérieuse en droit, que toute autre jurisprudence aurait dû y aboutir de la même manière.

La conception du juriste et celle de l'homme du monde sont donc choses essentiellement différentes. On a fait un reproche à la jurisprudence de cette différence qui est un fait historique qui se reproduit partout. On a considéré comme forcée son antipathie pour la conception *naturelle.* On lui a imputé à crime sa finesse, sa subtilité, etc., et l'on a souhaité le retour à une appréciation plus saine de la réalité des choses. Pareils jugements sont pardonnables dans la bouche de la grande masse,

---

(acte qui peut être également une *solutio,* ou une donation, ou un prêt, ou tout autre); L. 44 de solut (**46**-3) : *In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento.* C'est à des cas pareils que se rapporte la remarque du juriste dans la L. 3, § 12 de don. i. v. et u. (**24-1**) : *celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari.*

(3) Ainsi lorsque le locataire achète du locateur la chose louée, il s'opère une double tradition (*traditio brevi manu*) ; la même double tradition s'opère en sens inverse dans le constitut possessoire.

(4) Par ex. la ratification d'un acte antérieur nul, considérée comme conclusion d'un acte nouveau ; L. 1, § 2 pro donato (**41**-6) *quasi* NUNC *donasse intelligatur.*

(5) Par ex. l'appropriation d'une chose abandonnée par son propriétaire, considérée tantôt comme occupation d'une *res derelicta,* tantôt comme acquisition d'une *res tradita ;* ou l'appréhension violente d'une chose, considérée tantôt comme tradition forcée, tantôt comme un acte de brigandage.

et si on ne les rencontrait que là, il n'y aurait pas même lieu de les réfuter. Mais comme ils sont fréquents même chez les gens du monde instruits ([6]), qu'il ne manque point, et qu'il ne manquera jamais de juristes qui, pour des motifs quelconques, se sont joints, sous ce rapport, à la foule ignorante, on ne trouvera pas inutile que dans un chapitre plus spécialement destiné à rendre témoignage des services et des mérites de la jurisprudence, je commence par une courte apologie de celle-ci. J'éveillerai ainsi, chez ceux de mes lecteurs qui en auraient encore besoin, un sentiment sans lequel on ne peut aborder aucune science, la jurisprudence pas plus qu'une autre : l'estime pour la force intellectuelle qui y est renfermée; à cette estime correspond nécessairement la modestie et la défiance de son propre jugement.

Deux mots stéréotypés jouent d'habitude un grand rôle dans l'acte d'accusation élevé contre la jurisprudence : *l'appréciation naturelle,* et *la saine raison humaine.* On est persuadé que l'on ne saurait porter un coup plus sensible à la jurisprudence qu'en lui faisant un crime de sa conception peu naturelle et de sa contradiction avec la saine raison humaine. Malheur à la jurisprudence et au droit s'il en était autrement! Il faudrait que des milliers d'années d'étude continuelle du droit n'eussent pas dépassé l'ignorance et l'inexpérience innées du premier âge. La *conception naturelle!* Qu'est-elle donc si ce n'est la première impression d'un œil qui s'ouvre à la lumière, la dépendance absolue de cet œil faible et non exercé encore, vis-à-vis de *l'apparence extérieure?* Elle est le commencement de toute connaissance, mais elle amène bientôt la conviction que l'apparence extérieure est trompeuse et qu'il n'y a de progrès qu'à mesure que l'on s'en affranchit.

([6]) A Rome comme à notre époque; je rappellerai Ciceron dont les appréciations dédaigneuses sur la jurisprudence seront rapportées plus loin, et Quintilien qui ne fait que les reproduire (Inst. Orat. XII. 3, 7; 11); quant à l'époque actuelle v. la note 1.

Pourquoi n'en serait-il pas du droit comme de toutes les autres sphères du savoir humain, où il est vrai de dire que la contemplation continuelle d'un objet, son observation et son étude constamment poursuivies conduisent nécessairement à des conclusions nouvelles qui sont incompréhensibles, absurdes même, lorsqu'on s'en tient à une observation superficielle. Devant de pareilles variations, un homme du monde instruit, n'oserait dans presque aucune des autres sciences prétendre être lui seul dans le vrai et accuser la science de mensonge! Et cependant, c'est ce qui arrive tous les jours quand il s'agit du droit! Là l'expérience et le savoir sont qualifiés d'erreur et de prévention, l'ignorance absolue est décorée du nom d'exemption de préjugés! Celui qui invoque la vérité de l'appréciation naturelle en matière de droit, pourrait en agir de même pour les phénomènes de la nature : il pourrait soutenir que la terre est immobile, que le soleil tourne, et que c'est une sottise de croire que l'air ait du poids puisque dans ce cas on devrait le sentir. Le soleil, la terre et l'air sont plus rapprochés de l'appréciation naturelle que le droit; mais tandis que, pour eux, l'ignorant seul s'en rapporte plutôt à ses yeux qu'au jugement de la science, en droit au contraire, l'homme instruit lui-même se rend coupable tous les jours de cette outrecuidance.

Que l'on ne m'objecte pas que le droit a son origine et son siége dans le sentiment juridique. Certes! Le sentiment juridique est la semence du droit; mais la semence ne contient que le germe de l'arbre, et non l'arbre lui-même. — *Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit*, comme dit Sénèque dans notre épigraphe — le droit ne grandit et ne prospère que parceque la gaîne qui le contenait s'est entrouverte et qu'il a pu s'échapper de la sphère du pur *sentiment* juridique pour se transporter dans le domaine de la *science* juridique. Si l'arbre ne peut redevenir une graine, il n'y a pas non plus de puissance sur terre qui puisse ramener un droit une fois développé à sa forme primitive de sentiment juridique pour le rendre accessible aux gens du monde.

Quant à l'autorité de la *saine raison humaine*, je le reconnais, elle a tout à dire en fait de jurisprudence. Je vais plus loin même, et je n'hésite pas à dire que celle-ci est un *précipité de la saine raison humaine en matière de droit :* un *précipité*, le terme est exact, c'est-à-dire un dépôt de la saine raison de milliers d'individus, un trésor d'expériences dont chacune a dû subir des milliers de fois la critique de la pensée, et de la vie pratique. Celui qui est maître de ce trésor n'opère plus avec sa faible raison propre, il ne s'appuie plus seulement sur sa propre et banale expérience, mais il travaille avec la force intellectuelle de toutes les générations passées, avec l'expérience de milliers de siècles écoulés. Au moyen de ce complément artificiel de forces et de moyens, il peut lui-même devenir utile à la société ; car ce que le génie a découvert et créé devient par le travail la propriété de l'homme ordinaire. Il n'est pas de sphère du savoir et de la puissance humaine dans laquelle le plus faible qui sait faire son profit de l'intelligence et de l'expérience des siècles, ne soit supérieur au génie qui néglige ce secours. Il est plus facile certainement de cultiver la terre ou d'exercer un métier, que de résoudre les problèmes les plus ardus du droit ; cependant celui qui, pour faire l'un ou l'autre, ne réclamerait que l'aide de la saine raison humaine, resterait inférieur au plus médiocre des artisans ; et s'il s'avisait de vouloir renverser les règles de l'expérience avec sa *raison humaine* individuelle, de vouloir critiquer les connaisseurs et leur donner des leçons, le paysan le plus ignare et l'artisan le plus borné se moqueraient de lui, et avec infiniment de raison. Et le juriste n'aurait pas le même droit, lorsqu'un homme du monde manifeste vis-à-vis de lui des prétentions semblables ? Que celui qui suppose à un cordonnier ou à un tailleur la capacité de décider de questions de droit, essaie donc de s'adresser à un philosophe pour la confection de ses habits et de ses chaussures ! Quant aux juristes qui partagent et aident à propager l'illusion d'un droit populaire, accessible à tout individu, citadin ou campagnard, et permettant de se passer des lumières des juristes,

je ne puis que leur conseiller, pour se guérir, de s'essayer au métier de cordonnier ou de tailleur. Bottes et habits leur apprendront ce que la jurisprudence n'a su leur enseigner; ils se convaincront que l'art le plus humble a sa technique, laquelle n'est autre chose que le dépôt accumulé et devenu objectif de la saine raison humaine, mais qui néanmoins ne peut être appliquée et jugée que par celui qui se donne la peine de l'étudier.

Cette simple proposition contient toute la différence entre la jurisprudence et l'opinion que s'en font les *gens* du monde, elle est la justification même de la jurisprudence. Il serait plus intéressant et plus instructif, mais aussi beaucoup plus difficile, de défendre la jurisprudence en prouvant, dans tous ses détails, sa conformité avec la saine raison humaine. Pareille étude critique et apologétique de la jurisprudence nous fait absolument défaut jusqu'ici. Satisfaite de la possession assurée de ce que l'expérience a démontré utile, confiante dans l'épreuve que ses doctrines subissent tous les jours, la jurisprudence s'est trop volontiers soustraite à cette tâche délicate. On peut sous ce rapport, lui reprocher une certaine indolence, un quiétisme qui s'en repose sur la tradition. C'est ainsi que certains de ses disciples ont pu se tromper sur son compte et lui jeter la pierre. — Les paragraphes suivants nous fourniront l'occasion de justifier, dans une question des plus importantes, la valeur de notre définition de la jurisprudence.

Il est toutefois deux observations que je prie le lecteur de ne pas perdre de vue. D'abord, ce que je viens de dire ne se rapporte qu'à la *jurisprudence*, à ce qu'elle a créé ou produit, et non aux matériaux qu'une autorité extérieure lui a imposés et dont elle ne peut être rendue responsable, moins encore aux opinions individuelles des juristes isolés, opinions dont la conformité avec la saine raison est parfois plus que douteuse, et n'a peut-être pas même été dans l'intention de leurs auteurs! La critique consciencieuse de la vie pratique condamne les opinions malsaines par cela seul qu'elle les ignore.

D'autre part, en matière de droit comme en toute autre

matière, chaque règle isolée non seulement comporte en elle-même son opportunité ou sa nécessité, mais elle les tire encore de sa corrélation avec l'ensemble de toutes les autres règles : ce n'est que dans cet ensemble qu'elle trouve son explication et sa démonstration. Une règle isolée peut paraître irrationnelle, inopportune : c'est que précisément celui qui la juge ignore cette corrélation, c'est qu'il croit bénévolément que des points isolés sont susceptibles d'un jugement isolé. Si cette idée était fondée, la décision prise par la jurisprudence ne s'écarterait pas si souvent de celle que l'homme du monde juge convenir. Mais une telle manière de voir est fausse : la jurisprudence et l'opinion du monde se placent à des points de vue différents, et par suite ces divergences dans leurs jugements doivent inévitablement se reproduire. Cela explique pourquoi il est souvent si difficile de faire accepter à un homme du monde la sagesse d'une règle déterminée. Il lui manque précisément la connaissance du point auquel on doit se rattacher, il lui manque la connaissance des termes intermédiaires entre la règle dont il s'agit et ses motifs derniers ; la vue générale et la perception de la logique de l'ensemble lui font défaut.

SECTION 2. — *Théorie de la technique juridique.*

A. *But de la technique, ses moyens de l'atteindre en général.*

La question de réalisation en droit. — Le problème et les moyens de le résoudre, notamment la technique. — Les deux intérêts techniques. — *Praticabilité* du droit.

43. Le droit existe pour se réaliser. La réalisation est la vie et la vérité du droit; elle est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n'existe que dans les lois et sur le papier, n'est qu'un fantôme de droit, ce ne sont que des mots.

Au contraire, ce qui se réalise comme droit, est droit, même lorsqu'on ne le retrouve pas dans les lois, et que le peuple et la science n'en ont pas encore acquis la conscience. (Tome I, p. 29, s.)

Ce n'est donc point le contenu abstrait des *lois*, ni la justice inscrite sur le papier, ni la moralité dans les mots qui décide de la valeur d'un droit: la réalisation objective du droit dans la vie, l'énergie avec laquelle ce qui est reconnu et proclamé nécessaire est poursuivi et exécuté, voilà ce qui consacre sa véritable valeur.

Mais il ne suffit pas que le droit se réalise, il s'agit encore de savoir comment. A quoi servirait la certitude et l'infaillibilité de la réalisation si sa marche est si lourde et si lente que l'homme n'en arrive à conquérir son droit que sur le seuil du tombeau?

Je crois qu'il est possible de déterminer d'une manière absolue *comment* le droit se réalise. Ce n'est pas une question de fond du droit, mais une question de pure forme. Les droits divers se réalisent tous et partout de la même manière : leur contenu matériel est indifférent à la chose. Il y a sous ce rapport, un idéal absolu que tout droit doit chercher à atteindre, idéal qui à mon avis peut être ramené à la réunion de deux conditions. Le droit doit se réaliser, d'une part, d'une manière *nécessaire,* donc sûre et uniforme : d'autre part d'une manière *facile* et *rapide.* En fait, les diverses législations positives présentent quant à ces conditions, des différences remarquables. Ici nous voyons un droit simple, rude, très imparfait au fond, se réaliser avec énergie et promptitude, au moyen de formes de procédure rapides et sévères; là s'offre à nous un droit complétement développé et perfectionné jusque dans les plus minimes détails, mais donnant lieu à des procès interminables. L'âge du droit engendre-t-il ces différences? Cette facilité, cette rapidité, ne sont-elles qu'une conséquence naturelle de la simplicité primitive des relations? La complication des relations au contraire, leur extension plus grande, ont-elles dû rendre plus lente et

plus difficile la réalisation du droit? Ce serait une erreur de le croire. Non point que je veuille contester l'influence défavorable du progrès du droit sur la facilité et la rapidité de son application : plus un fardeau est lourd, plus il est difficile à soulever et à manier; cela est vrai des choses intellectuelles aussi bien que des choses matérielles. Mais l'*art* parvient à diminuer, et à réduire à rien cette action naturelle du progrès. Or, telle est précisément la mission de l'*art juridique*. Ce dernier, cependant, ne marche pas de conserve avec le progrès scientifique du fond du droit. Ce progrès, c'est la théorie qui le crée (la théorie dans le sens moderne du mot) : il est le produit du travail d'une catégorie d'hommes qui se bornent à écrire, à enseigner, qui *exposent* le droit, mais qui ne l'*appliquent* pas. Mais tout n'est pas dit encore quand la science a exposé les notions et les règles qu'elle a découvertes à l'aide de ses procédés d'interprétation, de déduction et d'abstraction. La science n'oublie que trop volontiers qu'elle doit aussi être un art : pour pouvoir trouver leur application *dans la vie,* toutes ces règles doivent encore répondre aux exigences *de la vie.* C'est ainsi que naissent ces opinions et ces théories — très-ingénieuses et fort savantes du reste — qui ne vivent que de la vie du sol où elles sont nées : l'école, mais qui meurent dès qu'on essaie de les transplanter dans la vie réelle dont le souffle puissant les tue. Jurisprudence de l'école, produit bâtard de l'érudition et du droit!

L'étude de la technique juridique nous découvrira les causes qui régissent la réalisation du droit. Les causes, les influences, les conditions, etc., qui sont décisives en cette matière, sont les unes inhérentes, les autres étrangères au droit. Au nombre de ces dernières il faut citer le degré de culture intellectuelle et morale du peuple, le développement de l'idée de l'État et du pouvoir public, la division sociale du peuple, le rapport du pouvoir des diverses classes, et surtout la force morale dont jouit l'idée du droit auprès de ce peuple. La justice paraît-elle au peuple chose élevée et sainte, ou n'est-elle pour lui, qu'un

bien comme un autre ? L'impartialité, l'intégrité, etc. des juges dépendent essentiellement de l'énergie du sentiment de la justice, dans le peuple. Partout où la justice est chose sainte, le juge est incorruptible et fidèle à son devoir — tel peuple, tel juge. — Aux causes de la première catégorie, qui résident dans le droit même, appartiennent d'une part l'organisation judiciaire ainsi que la forme de la procédure, et d'autre part l'état du fond du droit. Ce dernier point nous montre le champ principal de l'activité de la technique juridique.

Il est certain que le fond du droit exerce la plus grande influence sur sa réalisation. Ce point doit paraître évident même aux yeux des gens du monde. Les dispositions fausses sont impuissantes à entrer dans le domaine de la pratique; les lois qui heurtent l'esprit de l'époque, qu'elles soient réactionnaires ou progressives, rencontrent toujours une résistance opiniâtre. Nous ne nous occuperons pas dans la suite de cette vérité du fond du droit, qui échappe à l'influence du juriste, la question ne rentre pas dans la *technique* du droit. Le but de la technique, le seul objet de notre étude, est de pure forme. La question qu'elle est appelée à résoudre se pose dans les termes suivants : Comment le droit, abstraction faite de son contenu, doit-il être organisé et établi pour que son mécanisme simplifie, facilite et assure le plus largement possible l'application des règles du droit aux cas concrets ?

A cette question, la *saine raison humaine* ne trouvera d'autre réponse que d'affirmer la nécessité d'une rédaction claire, précise et détaillée dans les lois. Toute autre sera la solution de la jurisprudence, c'est-à-dire de l'expérience en matière de droit. Ces qualités certes sont loin d'être méprisables, mais elles ne suffisent pas; la démonstration en est facile à fournir. A quoi bon les lois les plus précises et les plus détaillées, si avec la meilleure volonté du monde le juge peut à peine les connaître toutes ? Tel était le cas à Rome vers la fin de l'empire, tel est encore le cas aujourd'hui en Angleterre ? A quoi bon les définitions et les distinctions les plus nettes, si l'application aux

cas particuliers doit se heurter aux difficultés les plus graves? (I, 51 s). En définitive, il s'agit d'une question d'opportunité : la reconnaissance et la poursuite de l'opportunité dans la réalisation du droit, voilà l'objet de toute la théorie de la technique. Mais si la solution est évidente, le problème cependant est des plus compliqués. Il a demandé le travail incessant de siècles entiers, et son origine remonte, dans le passé, bien au-delà de l'époque de la science proprement dite. La technique du droit et la jurisprudence ne sont pas nées le même jour. Bien avant toute science, l'instinct juridique s'était déjà essayé à la solution, avec le vague pressentiment de la vérité; le droit romain antique est un témoin éloquent de ce qu'il a pu faire. En matière de droit aussi, l'*art* précède la *science :* l'art se concilie avec le pressentiment, le pur sentiment ou instinct. La science ne commence qu'avec la connaissance.

L'imperfection technique du droit n'est pas seulement une imperfection partielle, un défaut d'un *côté* isolé du droit. Elle est *l'imperfection du droit tout entier;* elle entache, contrarie, paralyse le droit dans toutes ses manifestations. A quoi bon mettre dans les lois l'énoncé des prescriptions morales de l'ordre le plus élevé, la conception la plus noble de l'idée de liberté, de justice, etc., si ces théories restent sans application pratique ou d'une application laborieuse, si la technique manque de la souplesse nécessaire pour transformer convenablement l'abstraction en réalité? Il y a donc, indirectement, une importance toute morale attachée à la technique; la jurisprudence, en s'occupant avec un soin minutieux des moindres détails relatifs à la technique, touche en réalité aux questions les plus capitales : quoique modeste et cachée en apparence, son action imprime à ces questions un progrès aussi intense que le travail intellectuel le plus profond.

J'ai cru pouvoir m'arrêter à ces remarques avant de définir la technique. Cette expression désigne tout à la fois la branche de l'art juridique qui a pour objet de perfectionner la forme de la matière juridique, en d'autres termes, la *méthode technique,*

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

et le *mécanisme technique* ou l'ensemble des procédés au moyen desquels ce but peut être atteint. C'est ainsi que dans le langage ordinaire le mot mécanique désigne tout à la fois l'art lui-même et le mécanisme que l'art fait mouvoir. La confusion n'est guère possible, et je laisserai à la sagacité du lecteur à discerner, dans chaque cas, le sens auquel il doit s'arrêter.

Toute l'activité de la technique peut être ramenée à deux buts principaux. Celui qui veut appliquer le droit avec sûreté doit d'abord être maître de la matière, la dominer intellectuellement. L'état du droit peut rendre ce travail facile ou pénible. Une des deux tâches principales de la technique consiste à faciliter ce travail en simplifiant le droit : Nous allons examiner par quels moyens et avec quel succès cette simplification peut être obtenue. L'*application* du droit abstrait aux cas concrets est le but de l'autre tâche de la technique. La dextérité dans l'application est, il est vrai, surtout affaire individuelle, elle constitue un art, qui ne s'apprend que par l'exercice; mais même à ce point de vue le droit lui-même peut, par la contexture même de ses dispositions, apporter des facilités ou des difficultés considérables. La disposition de Justinien par exemple sur le droit héréditaire de la *veuve* PAUVRE ou sur l'enjeu permis au *riche* est le type d'une loi comme il n'en faut pas, car ces deux notions sont complétement vagues et des juges divers les appliqueront inévitablement dans des sens différents : tandis que les lois qui fixent un chiffre certain (par exemple les lois sur les degrés d'âge, sur la prescription, les donations élevées, les vols considérables) ne présentent guère de difficulté dans leur application. La tâche de la législation, aussi bien que celle de la jurisprudence, consiste à donner aux notions qui se soustraient à une application sûre, une forme telle que l'on puisse les faire passer du langage de la philosophie du droit, dans celui du législateur. La maturité du développement intellectuel et du caractère constitue l'idée philosophique de la majorité; mais cette idée n'est susceptible d'aucune application pratique; on la remplacera donc par le *chiffre* de l'âge : elle perdra de sa vérité,

de sa correction, mais sa mise en pratique est assurée. Cicéron (de off., III, 17,) exprime en termes excellents la différence entre l'expression philosophique abstraite, et l'expression juridique pratique d'une seule et même idée : *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia.* Assurer et faciliter l'application du droit abstrait aux cas concrets, ou plutôt le faire entrer dans la pratique juridique, est la seconde opération capitale que poursuit la technique. Les exemples que j'ai cités suffisent à expliquer son influence sur la construction même des règles de droit, sans qu'il faille entrer dans de plus amples développements. Ce point, du reste, a déjà été traité précédemment, (t. I, p. 51).

Il nous reste à examiner le premier des deux problèmes de la technique : la simplification du droit quant à tous les éléments qui le composent, envisagés sous le rapport de leur qualité comme sous le rapport de leur quantité.

L'intelligence d'un côté, la mémoire de l'autre, aident à acquérir la connaissance du droit. La nature même des droits règle le travail plus ou moins prédominant de l'une ou l'autre de ces forces intellectuelles. Certains droits réclament les efforts de l'intelligence, plutôt que ceux de la mémoire; pour certains autres la mémoire suffit : il en est dont l'étude ne requiert qu'une tension légère de l'intelligence, et de la mémoire; il en est d'autres qui exigent un travail laborieux. En général, l'importance du rôle de la mémoire dépend de la somme ou quantité des éléments qui composent les droits, tandis que le rôle de l'intelligence est en rapport avec la qualité de ces éléments.

La facilité ou la difficulté de la connaissance du droit ne présente pas seulement un intérêt purement subjectif : l'administration même de la justice y donne une importance toute objective. Si celui qui doit appliquer le droit, et qui doit donc l'apprendre, se trouve arrêté par suite du développement qu'il a acquis, à cause de l'obscurité ou de l'incertitude qui y règne,

pour l'embrasser dans son ensemble, ou pour en saisir toute la portée, l'application même du droit laissera à désirer, lors même que le sujet y déploierait toute son activité et toute sa pénétration. L'intérêt du juge et celui du commerce juridique marchent ici de pair. Il est donc fort important pour la pratique de rechercher si le juriste peut facilement se rendre maître de la matière du droit.

La simplification quantitative et qualitative, voilà la formule au moyen de laquelle le juriste conquiert le domaine intellectuel sur le droit : elle résume toute la tâche de la technique juridique dans cet ordre d'idées.

I. *La simplification quantitative* tend à diminuer la *masse* des matériaux, bien entendu sans porter préjudice aux résultats à atteindre. Faire le plus possible avec le moins d'éléments possible, telle est sa loi : plus le matériel est restreint, plus il est aisé à manier.

On pourrait l'appeler encore *la loi de l'économie* et j'y vois pour ma part une des lois vitales de la jurisprudence. Toute jurisprudence qui l'ignore, c'est-à-dire qui ne sait pas économiser les matériaux, est écrasée sous leur masse toujours croissante et succombe sous le poids de sa propre richesse. La connaissance de cette loi est absolument indispensable pour l'intelligence exacte de la technique romaine antique. Les opérations techniques suivantes viennent affirmer sa généralité. Les deux premières seront soumises à un examen plus approfondi dans les paragraphes suivants :

1. *L'analyse de la matière* ou sa réduction à ses parties fondamentales simples (§ 44).

2. *La concentration logique de la matière* (§ 45).

3. *L'ordonnance systématique de la matière,* que peu de mots suffiront à expliquer.

Une classification systématique, n'est pas une distribution purement locale de la masse des notions contenues dans une science, ce n'est pas un simple classement déterminé par des motifs d'opportunité, pour retrouver plus facilement les maté-

riaux recueillis, mais elle présente une synthèse concentrée de la science spéciale dont il s'agit, c'est-à-dire une indication en forme de tableau de ce qu'est chaque objet ou chaque notion et comment il se rattache à tout l'organisme d'ensemble de la science. C'est l'arbre généalogique des notions. Chaque science, dans la charpente nue de ses doctrines, cache sous la forme la moins apparente et la plus condensée, une grande énergie de pensée, une concentration puissante de tout son contenu.

Contrairement à une opinion très répandue chez les juristes praticiens, d'après laquelle la question systématique ne présente en droit qu'un intérêt théorique ou de pure forme, je crois qu'on ne saurait trop mettre en relief son importance pratique. L'intérêt du classement systématique exact d'une institution n'est autre que celui de sa connaissance et de son exposition matérielles exactes. Celui qui range faussement un objet dans une catégorie quelconque, qui classe p. ex. un oiseau parmi les mammifères, énonce par là même quelque chose de matériellement faux relativement à cet objet, et cette seule erreur peut en engendrer mille autres. Les erreurs en cette matière, loin donc d'être inoffensives, sont des plus dangereuses. L'on comprend dès lors, que la théorie apporte un soin infini dans le contrôle des systèmes. Ce serait, je crois, un travail utile de faire l'histoire des erreurs qui sont résultées uniquement d'une classification systématique fausse. L'erreur dans tout système est le résultat et en même temps la source d'une connaissance défectueuse de l'objet, d'une indication inexacte. Tant que la science n'a pas assigné à un objet la place vraie qu'il doit occuper dans un système, c'est qu'elle n'en a pas la perception exacte. Comprendre, ce n'est pas seulement considérer l'objet en lui-même et pour lui-même, c'est aussi tenir compte de sa corrélation avec d'autres objets.

4. *La terminologie juridique.*

Ce n'est pas, on le comprendra, le moment d'expliquer combien une terminologie rigoureuse, c'est-à-dire nettement accen-

tuée, richement développée, est nécessaire et présente d'importance pour la science, ni de montrer jusqu'à quel point en dépendent la précision, la sûreté et la vivacité de la pensée juridique. Nous ne parlerons que du secours qu'elle apporte au juriste dans l'ordre d'idées dont nous nous occupons.

La désignation technique n'ajoute pas, il est vrai, à la clarté de l'idée ou de son contenu, mais elle la revêt d'une forme qui en simplifie infiniment l'usage. Une seule expression technique épargne l'emploi de cent mots (7). Les vérités, les appréciations scientifiques qui ne sont pas désignées par une expression technique, sont comme les monnaies qui n'ont pas reçu d'empreinte : elles n'entrent pas en circulation. A la *chose* il faut le *nom :* dans la science aussi, après la *naissance* il y a nécessité de procéder au *baptême.* Là où le nom manque, il y a présomption que la chose elle-même ou du moins la conscience de la chose fait défaut. Une simple *nomenclature* attribuant des noms même à ce qui n'est d'aucune valeur scientifique, ne constituerait qu'une dégénérescence de la terminologie : notre science, il n'y a pas bien longtemps encore, donnait dans ce travers. Si l'on peut repousser légitimement celle-là, il serait contraire à la raison de combattre la terminologie comme telle, même lorsqu'elle se sert de termes étrangers traditionnels (8).

---

(7) Que de mots ne faudrait-il point, p. ex., pour traduire dans le langage des gens du monde la règle que la prestation de l'éviction ne s'étend pas aux impenses nécessaires !

(8) L'ardeur que l'on a mise parfois à combattre la terminologie juridique, et le désir que l'on a exprimé de voir la jurisprudence se servir le plus possible des expressions de la vie ordinaire, dans le but de faciliter aux gens du monde l'intelligence du droit, repose sur une pieuse illusion. Remplacer les expressions latines : *culpa, dolus*, etc., par des mots français, ne facilite en aucune manière l'intelligence du droit aux bourgeois et aux paysans ; il ne s'agit pas, en effet, de comprendre des mots, mais des idées. Le paysan qui ne comprend pas une formule algébrique, bien

5. *L'art d'employer habilement ce qui existe (l'économie juridique)*, (§ 66 à 69).

II. *Simplification qualitative du droit.* Ce n'est pas seulement l'élément quantitatif d'une matière, c'est-à-dire son développement, son ampleur, qui permet de la concevoir plus ou moins aisément, de s'en rendre maître avec plus ou moins de difficulté, l'élément qualitatif, c'est-à-dire l'ordonnance interne, la symétrie, l'unité de l'objet tend également au même but. Le droit est qualitativement simple, lorsqu'il est d'un jet, lorsque les parties, tout en étant exactement limitées et séparées, se réunissent cependant harmoniquement en une seule unité, lorsque par conséquent l'œil peut embrasser aussi facilement la partie que l'ensemble. Le paragraphe qui sera consacré à la construction juridique (§ 46), nous montrera comment la jurisprudence atteint ce but.

Nous allons examiner plus en détail trois des opérations nommées ci-dessus : l'*analyse*, la *concentration* et la *construction*. Sous beaucoup de rapports, il est vrai, elles se confondent, mais il est de toute nécessité de les distinguer en principe, pour pouvoir les étudier isolément. Il en est de ces opérations comme de la distinction des diverses facultés intellectuelles. Parmi ces dernières, jamais une force isolée n'agit pour elle seule, ou plus

qu'on l'ait écrite avec des lettres et des chiffres ordinaires, ne saisira pas davantage nos formules juridiques, lorsque nous aurons traduit *culpa* par faute, *dolus* par fraude, etc. Il est superflu de démontrer que les expressions d'une langue morte offrent plus d'avantages pour la terminologie que celles d'une langue vivante. Le sens dans lequel la science emploie les mots de la langue maternelle, sera et doit nécessairement être souvent autre que celui dans lequel les emploie la vie. Le motif en est que la signification de l'expression change parfois dans la vie, tandis que la science maintient le sens établi. D'un autre côté, la vie ne doit pas être empêchée à cause des définitions de la science d'employer l'expression dans un sens autre. La science et la vie souvent parlent deux langues différentes.

exactement, les diverses forces que nous admettons, ne sont qu'autant de côtés et de directions d'une seule et même force, mais néanmoins pour se rendre compte de cette différence, il est indispensable de les séparer et de les exposer à part. C'est à ce point de vue qu'il faudra considérer la distinction que j'établis entre ces trois opérations.

B. *Les trois opérations fondamentales de la technique juridique.*

1. *L'Analyse juridique. (Alphabet du droit.)*

Les éléments simples du droit. — Abstraction et spécification. — Apparition historique de l'abstrait dans le concret (les points d'irruption; extension par analogie). — Lettres du droit. — Comparaison de l'alphabet du droit avec celui du langage.

44. L'alphabet est certainement une des découvertes les plus grandioses, les plus fécondes, et cependant en même temps les plus simples, que l'esprit humain ait jamais faites. Vingt quatre signes nous assurent l'empire sur un trésor inépuisable, et la mise en œuvre de ce moyen est à tel point facile et peu compliquée, que la reproduction de la parole au moyen de signes, et le déchiffrement de ceux-ci, c'est-à-dire l'écriture, et l'art de lire peuvent être rendus intelligibles même à un enfant, et lui être appris avec la plus grande perfection. Sans l'alphabet, pareil empire sur la langue ne pourrait être atteint, même au prix des plus grands efforts et de l'application la plus soutenue; sans l'alphabet, lire et écrire seraient de tous les arts et de toutes les sciences, les plus difficiles à acquérir.

L'alphabet contient pour le langage la solution d'une question que nous avons indiquée plus haut comme étant le problème

capital de la technique en matière de droit : faciliter la connaissance de la matière au moyen de la simplification de celle-ci. Il y a donc lieu de se demander, si la même manière de résoudre la question ne serait pas applicable au droit, c'est-à-dire si l'on ne pourrait transporter dans le droit l'idée de l'alphabet. Analyse, décomposition en éléments simples, voilà l'idée sur laquelle repose l'alphabet. Celui-ci est né de cette observation que les mots ne sont que des combinaisons variées de certains sons fondamentaux et qu'il suffit, par conséquent, de découvrir ces sons, de leur appliquer une désignation pour pouvoir par leur moyen, composer un mot quelconque.

Si pour chaque rapport juridique, si pour chaque nuance d'un rapport, le législateur devait établir une règle, nous serions écrasés par la masse de matière, et nous n'en rencontrerions pas moins tous les jours de nouveaux embarras : car chaque jour les progrès de la pensée produisent des mots nouveaux, et chaque jour aussi le mouvement du commerce juridique crée de nouveaux rapports ou des complications particulières. Mais heureusement toutes ces créations ne sont nouvelles que pour une faible partie : les éléments déjà existants s'y retrouvent en grand nombre; seulement ils se sont combinés, ils se sont transformés d'une manière particulière. Le nouveau, dans cet ordre d'idées, n'est qu'une combinaison différente, ou une modification de certaines notions fondamentales qui constituent les éléments simples du droit. Il en est donc du droit, comme du langage. Le procédé est le même pour dominer la matière quelqu'inépuisable qu'elle paraisse. Il ne s'agit que de l'analyser et de la réduire à des éléments simples. Cela confirme la remarque que nous avons faite précédemment, à savoir que l'essence du droit consiste à analyser, à dissoudre et à séparer. La technique juridique, qui a la mission de résoudre ce problème, pourrait donc s'appeler la *chimie du droit*, ou la science qui s'occupe de la recherche des éléments simples du droit.

Je crois pouvoir, dès à présent, indiquer clairement la possi-

bilité et les règles de cette analyse, tout en faisant observer que la démonstration complète n'en peut être fournie qu'à propos de la construction juridique. Supposons qu'une commission législative établissant le droit des obligations, s'occupe d'abord du contrat de vente, et qu'elle ait décidé toutes les questions imaginables qui peuvent se présenter dans la vie, à propos de ce contrat. Si elle passe ensuite aux autres contrats, par exemple à l'échange, au louage, elle découvrira qu'à côté de questions qui se rapportent exclusivement à ces derniers, il s'en représente qui ont déjà reçu leur solution à l'occasion du contrat de vente, par exemple l'influence de l'erreur sur la validité du contrat, les conséquences de l'inexécution ou du retard dans l'exécution. Il serait certainement possible, lorsque pareille question se représenterait, de lui appliquer chaque fois une solution nouvelle et différente en envisageant comme espèce particulière chaque rapport juridique au sujet duquel elle se produit. Dans cette hypothèse les matériaux servant à la solution d'une question ne pourraient être séparés des divers rapports isolés, de manière à pouvoir former une théorie générale applicable à tous les rapports. Si néanmoins la jurisprudence voulait tenter cet essai, elle n'y gagnerait qu'une collection purement extérieure et sans utilité, une agrégation de fragments détachés, sans unité interne.

En réalité il n'est pas à craindre de voir la législation recourir à pareil procédé. Il y a certaines questions, toujours les mêmes, qui se reproduisent dans les divers rapports de droit : la science juridique n'ira pas sans nécessité leur donner des solutions différentes. L'élément de généralité qui réside dans les choses se montrera dans les règles du droit : à côté des règles qui sont en réalité *locales*, c'est-à-dire particulières à une institution déterminée, par exemple à la vente, à l'échange, au louage, etc., il s'en produira d'autres qui sont communes à toutes, et *de nature abstraite.* L'opération intellectuelle à laquelle ils doivent leur découverte : l'*abstraction* contient une application de la méthode analytique; elle n'est

autre chose que la séparation du général et du particulier, la décomposition de la matière en ses parties générales et particulières. Elle n'a pas pour but d'exclure partout l'élément individuel, pour le remplacer par des points de vue généraux, elle ne tend au contraire qu'à faire reconnaître ce qui est en réalité individuel ou général ; elle exige par conséquent la conception exacte de l'un comme de l'autre. Mais en même temps elle diminue la somme de matière, en dispensant de revenir plusieurs fois aux différents points du système, sur une seule et même idée.

Mais la force des choses impose des limites à l'abstraction. Le besoin pratique *(utilitas)* exigera parfois que la règle abstraite soit sacrifiée au profit d'un rapport particulier et qu'une question, générale en elle-même, soit décidée dans son application spéciale à ce rapport. Tel est l'objet du *jus singulare* des Romains. Ce que l'on appelle ainsi, ce n'est pas le droit individuel dans un sens absolu, p. ex., les principes particuliers des contrats consensuels, en opposition avec les contrats réels, mais seulement l'écart local d'un principe général en lui-même *(ratio juris)* (9). Certaines règles du droit sont nécessairement locales, d'après leur nature même, car elles résultent de l'individualité de telle ou telle espèce déterminée. Ces règles là ne contiennent point une déviation d'un principe général, puisqu'elles n'ont rien de général. Elles sont *spéciales* mais non *singulières*.

La jurisprudence ne crée point les abstractions, elle les découvre et les met au jour. Le succès de ses efforts dépend essentiellement de la manière dont le droit lui-même est disposé : s'il a, comme le droit romain, une tendance précoce à *centraliser*, ou si, comme le droit allemand, il est plutôt porté à *spécifier*.

L'esprit humain découvre plus tôt le côté concret des connais-

(9) L. 16 de leg. (I, 3)... *contra tenorem* RATIONIS *propter aliquam* UTILITATEM *auctoritate constituentium introductum est.*

sances intellectuelles qu'il ne perçoit leur caractère abstrait. C'est ainsi qu'en droit l'histoire nous montre les parties concrètes, c'est-à-dire les règles du droit s'appliquant aux diverses relations juridiques, développées infiniment plus tôt que les parties abstraites. Avant que la législation et la science reconnussent ces dernières, et les revêtissent de leur forme véritable, c'est-à-dire générale, elles ont souvent dû parcourir une longue période historique et traverser bien des phases diverses. L'histoire de ce développement est un des phénomènes les plus intéressants de l'histoire même du droit : sa connaissance nous est d'autant plus nécessaire qu'il s'y révèle une des tâches et une des opérations les plus importantes de la technique juridique.

Le phénomène dont il s'agit ici, et dont nous pourrions trouver une série d'exemples, non seulement dans l'histoire du droit romain, mais dans celle d'un droit quelconque, consiste en ce qu'une idée abstraite, au moment où elle se produit pour la première fois, ne se montre qu'en un point isolé, que l'on pourrait nommer son *point d'irruption historique* ([10]), qu'elle conserve longtemps un sens étroit et n'acquiert que lentement l'importance qui lui appartient d'après sa nature spéciale. Les idées aussi doivent lutter pour leur existence et il n'est pas rare de les voir conquérir péniblement chaque pouce de terrain. On ne les comprendrait point, on les repousserait si elles apparaissaient tout d'abord avec le caractère de généralité qui a fini par s'y attacher. Aussi ne prennent-elles pied dans la réalité, à l'origine, que timides, discrètes, se contentant d'un domaine restreint, jusqu'à ce qu'elles se soient insensiblement concilié

([10]) Il ne s'agit pas ici, remarquons-le bien, du *motif historique*, c'est-à-dire de l'influence que peuvent exercer sur la production d'une règle générale un rapport ou un intérêt particuliers. Le motif historique de l'introduction des codicilles nous est indiqué par Justinien : ce fut l'absence (pr. Inst. de codicil. 2. 25.. *propter magnas et longas peregrinationes*) ; mais l'institution n'était pas limitée à cette hypothèse, elle servait en général pour les présents et pour les absents.

les esprits, jusqu'à ce qu'elles se soient assises et retranchées de telle sorte qu'elles puissent prendre leur essor pour se développer plus largement.

Leur droit de se généraliser ne saurait du reste, demeurer méconnu, car la logique est une force lente, mais sûre : elle agit sur l'esprit d'une manière inconsciente, mais qui n'en est pas moins efficace : avant même qu'elle soit reconnue, sa puissance a été éprouvée et s'est déjà imposée. Aussi les idées atteignent-elles infailliblement l'heure où l'on se demande : pourquoi dominent-elles ici seulement, et pourquoi ne règlent-elles pas tel autre rapport complétement homogène ? Le temps arrive où le cercle restreint de leur action primitive étonne autant que la tentative de les admettre, même avec les plus grandes restrictions, pouvait au moment de leur irruption, paraître impossible ou étrange.

Je veux expliquer ce que j'avance par un tableau d'exemples puisés dans le droit romain. La colonne de gauche désigne les idées dans la généralité qu'elles ont fini par acquérir ; la colonne de droite indique leur point d'irruption, les rapports juridiques dans lesquels, restreintes encore, elles ont apparu pour la première fois dans l'histoire.

1. Responsabilité du principal pour les conventions du représentant.	Armement à la course et commerce *(Act. exercit.* et *institoria).*
2. Protection de la *bonae fidei possessio* au moyen de l'action publicienne (Idée d'un droit relativement meilleur).	Vente et tradition.
3. L'*act. quanti minoris* et *redhibitoria.*	Traite des esclaves et commerce du bétail.
4. Restitution en cas de perte par suite d'omission non coupable.	Absence.
5. Fixation des actions dirigées contre le possesseur comme tel pour aliénation doleuse des choses.	*Hereditatis petitio.*

6. Accomplissement fictif de la condition (T. II, p. 164, note 241).	Legs de la liberté sous condition.
7. Protection réelle du gage	Sûretés du bailleur *(Act. serviana).*

A ces exemples on pourrait en ajouter une foule d'autres, mais ceux-là suffisent pour prouver mon assertion.

J'ai surtout à cœur de détruire l'idée qu'il s'agit de quelque chose d'accidentel ou d'une imperfection originelle du droit. Le phénomène lui-même en général n'est pas accidentel : il n'est que l'application de la loi universelle du progrès. Il n'y a rien d'accidentel non plus à ce qu'une idée nouvelle prenne naissance dans un cas isolé. Diverses causes, parmi lesquelles figure tout d'abord une urgente nécessité, peuvent amener cette éclosion. Cette nécessité ne se manifeste pas partout de même : elle est plus impérieuse dans un cas que dans un autre, par exemple dans les exemples 1, 3, 4, 6, 7. Une autre cause est la facilité d'application législative de l'idée à tel rapport déterminé, plutôt qu'à tel autre : il en est ainsi dans les exemples 2 et 4. S'il était nécessaire d'ajouter d'autres exemples, je citerais : la priorité de la possession des *choses* sur la quasi possession, la restriction originaire de l'usufruit, du dépôt, du louage à des objets individuellement déterminés, comparée à l'extension ultérieure de ces rapports à des choses génériquement déterminées, la conception originaire du *damnum injuria datum,* comme *damnum corpore corpori datum.* Pour être complet, je dois mentionner encore une troisième cause. Les deux précédentes supposent que la règle ou l'idée aurait *pu,* dès l'origine, se présenter sous une forme générale, qu'elle aurait pu, dès l'origine, avoir un champ d'application plus étendu que son domaine primitif. Mais il peut aussi se faire, et le cas n'est pas rare en droit romain, qu'un principe ou une notion se soit originairement appuyé sur un rapport particulier et s'y soit localisé, parce qu'à ce moment ce rapport était unique en son espèce. Ici le genre et l'espèce se confondaient entièrement. Ce qui appartenait au genre, apparaissait sous la forme

de l'espèce. Prenons pour exemple le genre : *jus in re aliena.* Une série de principes du droit qui s'y rapportent, p. ex., que l'objet d'un pareil droit ne peut consister en des actions du maître de la chose grevée, qu'il se perd par consolidation, etc., se sont d'abord historiquement développés en matière de servitudes, parce que pendant longtemps la servitude fut le seul *jus in re.* Beaucoup de ces principes ont conservé leur forme originaire, se rapportant à l'espèce (p. ex., SERVITUS *in faciendo consistere nequit*, *nulli res sua* SERVIT), bien que cette forme étroite ne soit plus exacte pour le droit nouveau. Il en est de même de la notion de la succession universelle. Dans l'ancien droit, l'*hereditas* était la seule espèce de succession universelle; la notion du genre ne pouvait donc se développer que pour elle : aussi les règles du droit héréditaire parlent-elles toutes de l'*hereditas* (p. ex., *semel heres semper heres*). Depuis l'apparition de la *bonorum possessio*, elles auraient dû abandonner cette forme, partout au moins où elles concernaient non pas quelque chose de spécifique à l'*hereditas*, mais de commun à tout le genre. Elles n'en ont pas moins conservé cette forme, même dans le droit nouveau.

Jetons enfin un regard sur la manière habituelle dont une idée devient générale; à la jurisprudence surtout paraît réservé ce mode d'introduire le progrès dans le droit. Abstraction faite de l'extension d'un privilége concédé à l'origine à une classe seulement, je ne connais aucun cas, en droit romain au moins, où la législation ait assumé elle-même cette tâche. L'opération au moyen de laquelle la jurisprudence l'a accomplie, est universellement connue sous le nom d'*extension par analogie.* Les explications qui précèdent, l'éclairent d'un nouveau jour.

Ce qui en résulte tout d'abord, c'est sa légitimité et sa nécessité. Tant que règnera dans l'histoire la loi que le général ne naît pas avec sa forme générale, mais sous une forme restreinte, le besoin de l'extension par analogie persistera; la nature même rend nécessaire le concours du juriste. Une autre conséquence de nos explications précédentes, c'est de nous

permettre de préciser plus exactement les caractères de la notion d'extension par analogie, et par suite d'indiquer les règles qui la régissent. On peut la définir en disant qu'elle consiste à dégager ce qui est général par sa nature et par sa destination, de la *forme locale originaire.* Elle repose donc sur une *analyse* de la matière juridique que l'histoire a fondue dans l'unité d'une seule institution, et sur la séparation des éléments ou principes juridiques qui ont découlé uniquement du but particulier et de la notion de *cette* institution, et qui appartiennent purement à l'espèce *(éléments locaux* ESSENTIELS), de ceux-là qui n'ont fait qu'apparaître dans cette institution, mais qui d'après leur essence sont de nature abstraite *(éléments locaux* ACCIDENTELS, ou *historiques).* C'était une idée générale, celle qui faisait le point de départ de l'*act. exercit.* et *instit.*, de la *publicienne,* de l'*act. redhibit.* et *quanti minoris:* lorsque les juristes étendirent ces actions à d'autres rapports analogues, ils ne se contentèrent pas de les élargir, mais ils reconnurent leur véritable nature, et les dégagèrent des langes étroits de leur première expression historique. En agissant ainsi, la jurisprudence ne commet pas un excès de pouvoir, elle n'empiète pas sur le rôle du législateur; elle ne crée rien, mais elle exerce une critique, elle adopte une interprétation empreinte d'un caractère élevé, la critique et l'interprétation non des mots, mais des idées du législateur. Il est certain toutefois que cette opération exige une faculté d'abstraction plus grande, un criterium plus sûr que l'interprétation ordinaire; il y a place pour l'erreur aussi bien au-delà qu'en deçà, c'est-à-dire en désignant à tort comme idées abstraites, des éléments essentiellement et exclusivement propres à une espèce, ou en envisageant au contraire les idées abstraites comme des éléments de l'autre catégorie.

En règle générale (¹¹), la première erreur est peu à redouter;

(¹¹) Lorsque, plus tard, le droit romain eut sa source dans les rescrits des empereurs, le danger d'une généralisation exagérée, c'est-à-dire d'une

il est plus aisé et plus sûr de s'en tenir au contenu immédiat de la loi, que de s'élever librement au dessus. La jurisprudence encourra bien plus souvent le reproche opposé. Elle aussi doit pendant longtemps se familiariser avec les idées nouvelles, avant d'admettre que ces idées ont droit à un champ d'application plus vaste qu'à leur début, avant d'oser leur revendiquer ce champ d'application dans la pratique. L'extension par analogie est partout le fruit d'une lente maturation de la pensée. Avant que son temps ne soit venu, tant que sa nécessité n'est pas reconnue de tous côtés, la tentative isolée d'un seul restera sans effet. Il en sera toujours ainsi : c'est la plus sûre garantie contre toute précipitation.

Les explications qui précèdent ont montré comment, au moyen de l'analyse logique, s'accomplit dans le droit une séparation de ses éléments. Les idées générales qui, historiquement, naissent liées au concret et à l'espèce, s'en séparent peu à peu et acquièrent la forme abstraite qui leur revient. Après cette séparation, les principes qui restent appartiennent exclusivement à l'espèce : leur champ d'application est donc fort restreint et parfaitement déterminé. Quant aux principes généraux, ils sont semblables à l'atmosphère qui flotte au dessus de la surface de la terre : n'étant attachée à aucun point déterminé de cette surface, elle se meut librement et peut entrer en combinaison avec chaque corps de ce globe terrestre. Les principes de la première espèce, dans la mesure du but

---

extension de décisions purement individuelles et faites pour des cas concrets (*constitutiones personales*), fut infiniment plus grand; ce n'est pas la jurisprudence qu'il faut en accuser, mais bien l'arbitraire avec lequel les empereurs traitèrent le droit comme objet de grâces. Ils se jugèrent eux-mêmes en défendant d'étendre leurs rescrits par analogie.

auquel ils se rattachent, se réunissent en créations et notions particulières, qui comme telles, peuvent prendre une forme concrète sans la coopération d'autres notions quelconques; tandis que les principes de la seconde espèce ou les notions qui en sont formées, ne se réalisent point par eux-mêmes, mais sont toujours attachés à une forme concrète.

C'est pour ce motif que je désigne les premiers comme des éléments *indépendants* et les seconds comme des éléments *non indépendants* du droit. Comme exemples de la première espèce, je nommerai le contrat de vente, la servitude de passage, le testament; comme exemples de la seconde : l'erreur, la nullité, la demeure. Une erreur comme telle, c'est-à-dire indépendamment de tout rapport juridique, une demeure comme telle, c'est-à-dire sans rapport avec une obligation existante, ne se conçoivent pas dans la pratique; elles doivent se combiner avec des *éléments indépendants*, avec une action, une obligation quelconque. Si nous voulons étendre la comparaison que nous établissions plus haut entre les notions du droit et les lettres de l'alphabet, nous pouvons appeler les notions abstraites les consonnes, et les notions concrètes les voyelles. Une autre différence encore les sépare à ce point de vue. En effet, les notions abstraites possèdent une applicabilité bien plus grande, parce qu'elles ne sont pas liées à un rapport isolé: l'erreur, p. ex., peut se rencontrer dans un contrat, une tradition, un paiement, un legs, etc. Les notions concrètes, au contraire, ne concernent jamais qu'un rapport tout-à-fait spécial, elles sont entièrement déterminées, localisées. Au surplus, elles peuvent se combiner non-seulement avec les notions abstraites, mais aussi entre elles, tandis que les premières, pour se réaliser concrètement, ont toujours besoin de s'allier avec des notions concrètes. Prenons, p. ex., les notions ci-dessus : la vente, le droit de passage, le testament. Nous obtenons une combinaison si nous supposons qu'un testateur impose à son héritier l'obligation de laisser, c'est-à-dire de vendre au voisin un droit de passage désiré depuis longtemps par celui-ci, au prix offert

par lui ([12]). Si le cas donnait ouverture à un litige (dans lequel il ne s'agirait point de l'interprétation de la disposition, mais de sa validité en droit), la décision de ce litige consisterait à décomposer les parties simples qui s'y sont réunies : testament (legs) - vente - droit de passage, et à démêler les conditions et les effets de chacune d'elles. La décision d'une espèce juridique présente la même opération que la lecture; dans celle-ci on recherche les lettres qui composent le mot, et l'on embrasse les sons qu'elles désignent dans une unité de langage; de même le juriste reconnaît isolément chacune des notions de l'espèce, il les sépare, l'une après l'autre, pour établir finalement leur effet d'ensemble, — *décider* équivaut à partager ou séparer *(scindere)*.

Si nous comparons cet alphabet du droit avec celui du langage, nous constatons bientôt sa grande infériorité; ses lettres sont d'une application pratique beaucoup moins étendue que celles du langage. A celles-ci ne correspondent que nos éléments abstraits du droit. Les lettres de l'alphabet du droit doivent donc être plus nombreuses que celles du langage. Mais il est encore un autre motif d'infériorité : l'alphabet du droit exige une correction et une exactitude bien plus grandes que celui de la langue. Si un nombre si restreint de signes suffit à ce dernier, il faut en trouver la raison dans le défaut de précision avec lequel se traduisent les sons du langage. Combien de signes ne faudrait-il pas pour rendre toutes les modulations et les nuances, spécialement dans la prononciation des voyelles! L'écriture ne donne qu'une reproduction très grossière du langage, suffisante pour celui qui connaît la prononciation, mais absolument défectueuse pour celui qui croirait pouvoir l'y apprendre, sans autre secours. Il en est entièrement de même en droit, pour les *phases primitives* (T. I, p. 32). Le droit *écrit* non plus n'est là qu'une indication très peu cor-

([12]) C'est le cas de la L. 44 in f. de solut. (**46**-3).. *damnatus alicui vendere.*

recte du langage du droit. Dois-je faire remarquer que la corrélation la plus exacte possible entre le droit écrit et le langage du droit est précisément le but que tout développement du droit doit chercher à atteindre? Si l'on veut que le droit soit prononcé comme il est écrit, il faut l'écrire comme il doit être prononcé. Pour le langage, cette corrélation aussi exacte n'a pas d'importance pratique, au moins pour l'habitant du pays, mais pour le droit elle est d'une extrême gravité. Le langage peut être incorrect, le droit ne saurait être assez précis; voilà pourquoi le langage se contente d'un petit nombre de signes, tandis qu'une somme considérable de notions est indispensable au droit.

De la différence qui existe entre le droit et le langage quant à leur degré d'exactitude, résulte une autre inégalité entre eux. L'alphabet du langage est complètement arrêté, il reste et restera toujours le même malgré toutes les transformations de la langue, puisqu'il néglige les nuances les plus délicates de l'élocution; en outre, il n'est pas limité à une seule langue, mais il est essentiellement le même pour des familles entières de langues. L'alphabet du droit ne peut prétendre à une pareille application indépendante du temps et du lieu, de l'histoire et de la nationalité. On pourrait objecter, qu'il y a cependant, en droit aussi, des notions fondamentales d'une vérité absolue, ne fut-ce que des catégories logiques, ou des notions de pure forme : par exemple, celle de l'impossibilité juridique, la différence entre la nullité et la contestabilité, entre le droit et son exercice, entre l'erreur sur la chose et sur les motifs, etc. : que ces vérités par conséquent, quel qu'ait été le peuple qui les a découvertes et formulées, n'appartenaient pas à l'alphabet du droit de ce peuple, mais ont un caractère transnational, universel, absolu. Si je concède la vérité absolue de ces notions, et par cela même si j'admets la *possibilité d'un alphabet juridique universel,* il ne faut pas cependant perdre de vue que ces notions sont de pure forme; nous ne pourrions, avec leur seul secours, aller au-delà d'une logique juridique de la forme, (dont

je ne veux pas du reste contester la haute valeur didactique). Leur configuration pratique, leur contenu substantiel resterait toujours la tâche du droit positif. Ainsi, par exemple, la distinction entre l'erreur sur l'objet et sur les motifs est nécessaire en principe et très propre à exercer la pensée juridique. Mais, faut-il donner à l'erreur en général une sanction pratique ? Et dans l'affirmative, faut-il en donner une seulement à l'erreur sur l'objet, ou aussi à l'erreur sur les motifs ? C'est à la législation positive qu'il appartient de trancher ces questions. Qu'elle réponde négativement ou affirmativement, d'une manière absolue, la distinction est par cela même complétement écartée pour le droit. La différence de la nullité et de la contestabilité est logiquement inattaquable; mais pour le droit romain antique elle n'existe pas, car pour lui tout acte invalide était un acte nul. Ces notions présentent donc ceci de particulier, c'est que ce qu'elles ont d'absolu est de pure forme, et que ce qu'elles ont de pratique est purement positif. Ce caractère positif et pratique peut certes être éminemment rationnel et opportun; à tel point même qu'on lui présagerait volontiers une durée éternelle et une application universelle. Mais il n'en faut pas moins reconnaître qu'il est comme toute chose positive, subordonné au flux des opinions et des choses.

Notre alphabet pratique du droit se caractérise donc par un côté positif, historique : l'histoire de chaque droit en fournit la preuve. Non seulement les *règles* du droit changent, mais avec elles les idées et les institutions; non seulement la nature et l'importance des lettres du droit que nous possédons, s'altèrent, mais le temps nous en apporte de toutes neuves et efface les anciennes.

Cependant un alphabet du droit, malgré son caractère positif, peut défier les influences du temps et du lieu. Le droit romain nous en présente un exemple frappant. L'aspect pratique de la propriété, de la servitude, de l'obligation, etc., en droit romain, et aussi la construction des principes sur la matière de la part des juristes romains, sont choses éminemment

romaines. Les notions dont il s'agit ont cependant conservé aujourd'hui presqu'autant de valeur qu'il y a quinze cents ans, et ce qui plus est, le droit romain nous offre souvent, même pour des rapports et des questions que le monde moderne a vus naître, des motifs de décision tout-à-fait suffisants. On s'explique ainsi que le moyen-âge ait pu se forger la foi dans le caractère absolu du droit romain, et voir en lui la *ratio scripta*, la raison révélée en matière de droit.

Cependant, malgré ces différences avec l'alphabet du langage, l'alphabet du droit n'en mérite pas moins le nom d'alphabet. Ce point n'a pas besoin de démonstration. Nulle comparaison n'est plus propre à montrer d'un seul mot à l'ignorant l'essence et l'action de la force analytique en droit. Mais quelque compréhensible que devienne la chose, même pour un homme du monde, grâce à cette comparaison, je ne puis cependant laisser de faire remarquer que l'homme du monde, au fond, non seulement n'a *a priori* aucune conception de cette méthode d'analyse, mais qu'elle lui est même manifestement antipathique. Cette méthode, en effet, est le contrepied absolu de sa manière de voir, elle tend à exclure complétement son influence sur la décision des controverses du droit. Ce qui caractérise la manière de voir de l'homme du monde, qu'il s'agisse du droit abstrait ou d'un rapport de droit isolé, c'est qu'il est inhabile à distinguer, et se borne à concevoir une impression d'ensemble du rapport ([15]). Tous ces éléments isolés, tous ces côtés, tous ces rapports d'une institution ou d'une espèce juri-

([13]) L'opposition entre l'appréciation d'un rapport juridique, par le juriste et par l'homme du monde a été reconnue par Tryphonin dans la L. 31 § 1 Depos. (16-3). Il y distingue : 1. *Si* PER SE *dantem accipientemque intuemur* (lorsque nous distinguons les divers rapports qui existent entre celui qui donne et celui qui accepte), *haec est bona fides,* etc. 2. *Si* TOTIUS REI *aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur..* (lorsque nous examinons l'ensemble du rapport et le résultat final).

dique, qui se présentent séparément à l'œil juridique, sont pour lui confondus, c'est l'action d'ensemble que l'objet exerce sur son sentiment, c'est l'impression totale de cette image qui détermine son jugement. L'homme du monde trouvera incompréhensible qu'une institution dans laquelle lui, homme du monde, voit un tout organique et qui dans tous les cas, comme un fait accompli de la vie, ne lui paraît pas susceptible d'une recherche ultérieure, soit péniblement décomposée par les juristes sous ses aspects divers, et dans ses différents éléments, et ensuite reconstituée artificiellement dans son unité par voie de synthèse. Lorsqu'un demandeur, dont la prétention est absolument fondée, fait un mauvais choix de l'action qu'il intente, lorsque, p. ex., il introduit une *actio in rem* au lieu d'une *actio in personam,* le juge examine uniquement si les conditions de la première existent, et si elles font défaut, il déboute le demandeur de son action, bien qu'il résulte des débats que la même prétention. présentée au moyen d'une autre action, aurait été absolument fondée. Ce fait paraîtra excessivement choquant à l'homme du monde, et ce n'est cependant autre chose qu'une simple distinction de point de vue; le juge s'en tient à celui que le demandeur lui-même a choisi, et lui a proposé pour la décision de l'espèce.

La controverse sur la différence du droit romain et du droit germanique a démontré que la science n'a pas encore compris l'essence de la méthode analytique. Deux philosophes du droit actuel ([14]) ont cru apercevoir le défaut du droit romain en ce qu'il lui aurait manqué des *organismes,* des formations organiques, un principe positif de formation organique, etc. Sur quoi repose cette assertion? Tant que l'analyse ne s'est pas encore exercée sur une institution juridique, celle-ci nous fait

([14]) STAHL, dans la dissertation sur la valeur du droit romain; pièce placée à la fin du tome 2 de sa Philosophie du droit (2e édit., p. 400), et RÖDER, Grundgedanken u. Bedeutung des röm. u. germ. Rechts. Leipz. 1855.

aisément l'impression d'un *organisme;* tout s'y combine de la façon la plus heureuse, les éléments juridiques et moraux, la forme et le contenu, l'élément réel et obligatoire, etc. Mais dès que la jurisprudence s'est emparée de l'institution et l'a traitée comme c'est son devoir et sa mission, c'en est fait de sa poétique unité, sans néanmoins que la moindre chose ait été changée à son état *réel* et *pratique;* la belle fleur a disparu, à sa place il ne reste plus que de l'azote, de l'oxygène, etc. Les éléments de l'institution vont se rattacher aux matières les plus différentes [15]. Or, si le droit germanique nous offre des organismes, et le droit romain des atomes ou des éléments, cela ne résulte pas tant d'une difference entre les deux *droits* — dira-t-on, par ex., que la tutelle dans la vie romaine fût une autre *unité organique* que chez nous? — mais plutôt d'une différence dans le *procédé scientifique* des deux droits. La science du droit pas plus que la chimie organique ne souffre des *organismes,* elle les dissout : mais conclure de là que la fonction pratique des rapports juridiques en est entravée ne serait pas plus avisé que de croire que l'analyse du chimiste soit capable d'altérer la nature même des choses.

Le reproche adressé au droit romain paraît être fondé sur l'idée, que cette atomistique du droit n'était pas purement juridique, mais réelle, que l'esprit romain repoussait tout ce qui était composé ou mixte [16]. Ce qui est vrai, c'est que la puissance

[15] Dans le droit de gage par exemple, l'élément réel appartient au droit réel, l'élément obligatoire, le *contractus pigneratitius,* au droit des obligations. Dans la tutelle on doit puiser les divers éléments dans les parties les plus différentes du système : la capacité des personnes sous tutelle, la notion et les espèces de la représentation dans la partie générale; l'hypothèque sur le patrimoine du tuteur dans le droit hypothécaire; la *reiv. util.* contre lui dans la théorie de la propriété; le rapport obligatoire dans le droit des obligations ou de la famille; la tutelle testamentaire dans le droit héréditaire.

[16] Comme morale pratique à tirer de cette erreur, je me permets de

analytique de l'esprit romain ne décomposait point les choses mais les idées : elle agissait ainsi, non pour *empêcher* l'existence pratique d'un organisme, mais pour la *faciliter* et l'assurer.

---

2. *Concentration logique.*

Possibilité de concentrer la matière. — Le centre logique et la périphérie. — Élargissement du principe sous la forme historique d'une exception.

Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur juris consultorum libri.
Cic., de leg. II, 19.

45. L'opération dont il s'agit ici, nous l'avons remarqué plus haut, poursuit le même but que la précédente. Seulement elle suit une marche diamétralement opposée : elle lie, elle concentre, au lieu de décomposer. Elle n'est pas une opération purement juridique, mais un procédé logique général; c'est la reproduction par voie d'abstraction et sous une forme d'expression logique autre et plus intense du principe contenu dans des particularités données.

---

dédier cette remarque à tous les philosophes du droit qui ne sont pas juristes : l'appréciation même purement *morale* d'un droit déterminé n'est pas possible sans la connaissance de la *technique*. Pour cacher le défaut de cette connaissance (souvent même le défaut d'une idée claire en général), il n'y a pas, il est vrai, d'expression plus commode que le mot *organique*. Plus l'idée est confuse, plus la chose est *organique*. Un jeune savant de mes amis, le professeur Van Krieken, malheureusement trop tôt enlevé à la science a courageusement combattu cette tendance malsaine dans son ouvrage : Sur le prétendu droit public organique. Leipz., 1873. Il y dit avec raison : on appelle organique tout ce que l'on est impuissant à définir.

Il s'agit ici, en d'autres termes, de la concentration du *volume extérieur* de matière juridique produite par le droit positif pour telle ou telle situation juridique. L'importance du rapport, les questions plus ou moins nombreuses qu'il soulève, ne déterminent pas uniquement, ni même principalement, ce volume; sa mesure, en un mot, ne réside pas dans un élément objectif seul : l'élément subjectif du génie de celui qui manie la matière, y a aussi sa large part. Là où beaucoup ne décident qu'après de longues dissertations, le savant habile résoud la question d'un seul mot.

La concision est une des qualités les plus inappréciables du législateur. Mais elle gît dans l'intensité de l'expression, dans la puissance des idées exprimées, et non pas dans le nombre plus ou moins restreint des mots par lesquels la loi est rendue. Souvent pour donner forme de loi à un rapport quelconque, le législateur édicte une série de dispositions isolées qu'aucun principe ne relie entre elles (*méthode casuistique*) : et cependant nous pouvons voir ce même rapport complétement régi par un principe unique inscrit dans un autre code (*loi de principes*). Dans le premier cas la jurisprudence est impuissante à concentrer la matière [17] : on ne peut rattacher à un principe, des particularités auxquelles aucun principe n'a donné naissance. Elle le serait encore, lors même que le législateur eût pris soin d'énoncer lui-même le principe dans toute sa force et dans toute sa précision. Pour que la jurisprudence puisse condenser la matière législative il faut tout d'abord que le législateur se soit laissé diriger par un principe, et qu'il l'ait appliqué, sans qu'il soit nécessaire qu'il l'ait immédiatement reconnu ou énoncé. L'histoire à la main, le fait est loin d'être rare, il se présente

[17] Il en est de même lorsque le législateur a exceptionnellement et expressément interdit l'abstraction d'un principe, là où cette abstraction aurait été possible en elle-même, comme l'a fait par exemple Justinien pour les causes d'exhérédation de la nov. 115.

même le plus fréquemment. Il est d'autant moins étrange chez le législateur, que bien souvent la jurisprudence elle-même se trouve dans le même cas. Chez elle aussi le *sentiment* de la vérité précède régulièrement de beaucoup sa *reconnaissance*. C'est ainsi qu'un principe de droit peut être en vigueur depuis longtemps dans la pratique, peut déjà même être tombé en désuétude, avant qu'il soit reconnu et énoncé dans sa véritable forme.

Les dispositions au moyen desquelles le législateur applique inconsciemment un principe, se rapportent à celui-ci comme des points isolés d'une circonférence se rapportent à son centre. Le législateur est à la recherche du principe ; tant qu'il n'a pas réussi à le reconnaître il est obligé de le contourner, de le serrer de plus en plus près au moyen de dispositions casuistiques séparées. La science, comme le législateur, suit tous les contours de la circonférence, jusqu'à ce qu'elle ait trouvé le centre. Plus elle en est éloignée, plus long est le chemin à parcourir, c'est-à-dire plus est longue et compliquée l'exposition de l'objet en discussion. Chaque pas qui la rapproche du centre rétrécit le cercle, abrége la voie: en d'autres termes, le *nombre* de ses préceptes diminue, leur *contenu* augmente, jusqu'à ce que parvenue au centre même, elle embrasse toute la masse de la matière en un seul et unique principe.

La découverte finale du principe a une importance capitale pour la science, mais ce n'est pas seulement parce qu'on y trouve réunie et concentrée toute la matière juridique déjà existante, mais aussi parce que le principe une fois trouvé et reconnu devient lui-même la source de règles de droit nouvelles. Ces règles, ce sont toutes les conséquences que ce principe entraîne et qui étaient restées ignorées. Ce n'est que lorsqu'une idée a été conçue et acceptée sous son véritable aspect, qu'elle acquiert l'épanouissement de sa force logique et la manifestation complète de toutes ses conséquences.

La comparaison que nous venons de faire entre l'établissement des principes par voie d'abstraction et la recherche du

centre d'une circonférence donnée pourrait nous présenter l'opération dont il s'agit comme étant d'une excessive simplicité. Mais d'abord, et pour continuer la comparaison, la périphérie en fait de loi n'est pas toujours régulière; elle présente des solutions de continuité qui peuvent nous jeter dans une voie fausse. D'autre part, les diverses règles du droit, même lorsqu'elles émanent en réalité d'un seul et même principe, ne portent pas toujours en elles la marque de leur origine et de leur parenté. Loin de là, il se peut au contraire qu'un examen superficiel nous les montre si étrangères les unes aux autres, qu'elles excluent toute idée d'une communauté quelconque. Qu'y a-t-il de commun, par ex. entre l'*heriditatis petitio* et les interdits possessoires? Et cependant, ceux-ci comme celle-là, reposent sur une seule et même idée ([18]). L'usucapion est accomplie dès le commencement du dernier jour du délai, — voilà la règle ; — la prescription n'est acquise qu'à la fin seulement de ce jour, — voilà une autre règle ; — toutes deux diffèrent entièrement, en apparence; ce ne sont pourtant, en réalité, que des conséquences d'une seule et même idée. La tâche serait plus ardue encore si le législateur avait en partie observé le principe, et s'en était écarté pour une autre partie. Impossible de le distinguer tout d'abord. Il faut alors commencer par entreprendre l'essai infructueux de ramener toute la matière à un principe unique. Admettons qu'après de longs efforts nous constations l'impossibilité de la chose, que nous reconnaissions que nous nous trouvons plutôt en présence de *deux* idées qui se croisent, dont l'une renferme la règle, dont l'autre forme l'exception, dans laquelle chercherons-nous la règle, laquelle nous représentera l'exception ([19])? Pourrons-nous même encore en

([18]) V. Ihering, *Du fondement de la protect. poss.*, Paris, 1875, p. 79.

([19]) Que l'on prenne par exemple la question de savoir si l'extinction de l'obligation par le concours de deux causes lucratives contient une singularité ou une conséquence de l'essence de l'obligation. V. sur ce point. G. Hartmann, *die Obligation*, p. 5, 6, 13.

général songer à une règle unique, et le tout, dans son principe même, ne devra-t-il pas nous apparaître comme un assemblage d'éléments hétérogènes ?

Le cas contraire est possible également. Une disposition peut faussement se présenter comme une exception sans en être une en réalité, et il suffit, pour s'en convaincre, de comprendre plus exactement le principe [20]. Il n'est pas rare même qu'*historiquement*, c'est-à-dire vis-à-vis du droit *ancien*, une disposition soit une véritable exception, tandis qu'au fond elle ne contient autre chose qu'une simple modification au principe ancien, si bien qu'il suffirait de donner à celui-ci une autre formule pour faire disparaître toute idée d'exception. Ainsi, la reconnaissance de la possession dans le chef d'enfants, de fous et de personnes juridiques, de la part de la jurisprudence romaine, sous la forme d'une exception apparente à l'une des premières règles de la possession, ne contient en réalité, à mes yeux, que l'irruption de la notion vraie et complète de la possession [21]. *L'exception n'est souvent que la forme sous laquelle la règle s'élargit et se complète.* En pareil cas, l'histoire elle-même nous induit en erreur. Des idées qui en réalité étaient régies par un seul et même principe suprême, ont été considérées pendant des siècles les unes comme règles, les autres comme exceptions. Le prêt, à l'origine, exigeait que le débiteur acquît immédiatement la propriété du créancier [22]. Lorsque la pratique eut en une foule de points abandonné cette

(20) Je citerai comme exemple, la tradition symbolique du code autrichien, qui se pose elle-même comme une exception aux principes de la tradition régulière, et qui n'est, en réalité, qu'une application de l'idée vraie de la tradition. V. EXNER *die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. u. gemeinem Rechte.* Vienne, 1867, p. 213.

(21) V. IHERING, *l. c.,* p. 81, 142. Il en est de même de la possession du pécule des esclaves dont Papinien dit, dans la L. 44, § 1 de poss. (**41**, 2) : *utilitatis causa jure singulari receptum est.*

(22) L. 34, pr. Mand. (**17**-1)... *nummi, qui mei erant, tui fiunt.*

idée, cette déviation de l'ancienne règle apparut vis-à-vis de celle-ci comme une exception, et ce fut comme telle que la considérèrent les jurisconsultes romains postérieurs ([25]). L'exception ne cachait cependant qu'une extension de la notion ou du principe du prêt, à savoir : que le prêt ne suppose plus le transfert de la propriété d'une personne à une autre, mais la translation d'un patrimoine à un autre (diminution de l'un et augmentation de l'autre quant à la *valeur*), translation qui pouvait se faire aussi *médiatement* c'est-à-dire au moyen d'un transfert de propriété de la part d'un tiers. Un autre exemple nous est fourni par la capacité de posséder des fils de famille sous la *patria potestas.* Historiquement c'est une exception ; le premier cas (*peculium castrense*) contenait un écart sans autre exemple du droit existant. Dans le droit de Justinien cependant, l'exception est devenue la règle, et la règle forme l'exception. Le résultat dogmatique de cette transformation peut être résumé dans ce principe : les enfants peuvent avoir un *patrimoine,* et ils peuvent *acquérir* vis-à-vis de toutes personnes, sauf vis-à-vis du père.

---

3. *Construction juridique.*

Histoire naturelle du droit. — Les corps juridiques. — Description générale. — Leur production par la construction juridique. — Les trois lois de celle-ci (positive, logique, esthétique). — Valeur technique de la méthode d'histoire naturelle.

46. Presqu'inconnue au commencement de ce siècle, l'expression : *construction juridique,* est devenue une des formules techniques les plus usuelles de la jurisprudence actuelle en Allemagne. Chacun l'emploie, chacun lui donne un sens, le

---

([25]) L. 15 de R. Cr. (12-1). SINGULARIA *quaedam recepta sunt,* etc.

même pour tout le monde, et cependant si l'on demandait ce que signifie la construction juridique, qui joue aujourd'hui un si grand rôle, si l'on s'enquérait de son objet, de son but, des principes qui la dirigent, bien peu pourraient fournir la réponse. La science reste muette et bien loin d'établir la théorie de la construction juridique, elle n'a pas même tenté, que je sache, d'en donner une définition. Je ne puis, moi, me soustraire à cette tâche : impossible sans cela, de nous mettre à même de juger la jurisprudence romaine. Le manque absolu de travaux antérieurs sur cette matière sera mon excuse, si je m'étends quelque peu sur cette partie de mon étude.

La haute jurisprudence ou la méthode d'histoire naturelle.

La forme *impérative*, c'est-à-dire la forme *pratique immédiate* d'une défense ou d'un ordre, d'une prescription ou d'une règle, est la forme régulière sous laquelle le droit apparaît dans les lois. Il est indifférent que l'*expression* soit impérative ou non; l'impératif est dans la chose, dans l'idée. Dans la bouche de la loi, le mot *est* a le sens de *doit être* (par exemple, l'action est prescrite par deux années, signifie : doit être prescrite). Je nomme cette forme d'apparition la forme *inférieure :* on pourrait aussi la nommer la forme naturelle ou naïve de l'apparition du droit dans les lois. Historiquement, elle est la première, la plus antique; elle est aussi la plus incomplète.

On peut justement la qualifier d'*inférieure,* aussi longtemps que la jurisprudence laisse la matière dans cette forme, aussi longtemps que par le travail auquel elle la soumet, elle ne la transforme pas intérieurement, et ne la spécifie pas. Je distingue donc entre la *jurisprudence inférieure,* et la *haute jurisprudence,* de même que j'établis une différence entre la forme *inférieure* et la forme *élevée* de l'apparition du droit.

L'*interprétation,* voilà en un mot tout le champ d'activité de la jurisprudence inférieure. Expliquer la matière, résoudre les contradictions apparentes, dissiper les obscurités et les défauts

de précision, mettre en lumière tout le contenu de la volonté du législateur, déduire notamment des dispositions existantes le principe qui en est la base, tirer de ce principe toutes les conséquences : telle est la mission de l'interprétation. Elle n'est point une opération exclusivement juridique : toute science dont les sources sont des documents doit interpréter. — Appliquée au droit, l'interprétation ne crée pas du neuf, elle ne peut que mettre au jour les éléments juridiques substantiels déjà existants.

Non-seulement la jurisprudence a commencé partout par l'interprétation, mais celle-ci doit encore être en tout temps l'opération initiale que la jurisprudence exécute sur la matière première législative. Pour construire, elle doit d'abord interpréter : la jurisprudence inférieure est le premier degré de la haute jurisprudence.

Mais elle n'est qu'un premier degré, et la jurisprudence ne doit pas s'y attarder plus longtemps qu'il n'est nécessaire. Ce n'est qu'au degré supérieur qu'elle réalise sa véritable destination. Là seulement sa tâche et sa méthode deviennent spécifiquement juridiques, là seulement elle acquiert le caractère scientifique propre qui la distingue de toutes les autres sciences.

La ligne de démarcation entre la jurisprudence inférieure ou supérieure peut être très nettement indiquée en principe. Elle consiste dans une conception particulière du droit, que je pourrais nommer celle de l'*histoire naturelle.* Je n'ai pas à examiner ce qu'il peut y avoir d'artificiel ou de naturel dans cette manière de voir, si elle se rapproche de la vérité des choses, ou si elle s'en éloigne. Veut-on en deux mots indiquer le contraste qui caractérise la jurisprudence dans sa manière de traiter la matière du droit? On dira d'un coté : *institutions* juridiques, *notions* juridiques; de l'autre on parlera de *dispositions* du droit, *de principes* de droit.

L'institution juridique n'est pas simplement une réunion de dispositions juridiques isolées, concernant un seul et même rapport; elle est essentiellement différente de ces rapports. Les

dispositions du droit sont des masses de matière, d'idées, qui n'ont qu'une existence substantielle; les institutions juridiques au contraire sont des existences, des individualités logiques, des êtres juridiques, que nous concevons et animons par l'idée d'une existence et d'une vie individuelles. Elles naissent, meurent, agissent, entrent en conflit les unes avec les autres; elles ont leurs missions et leurs buts; pour les réaliser elles ont leurs forces et leurs qualités particulières, etc. Je les appellerais volontiers, pour conserver dans l'esprit du lecteur l'idée de leur existence et de leur vie, des *êtres* juridiques, si cette expression ne paraissait pas trop recherchée. Je dirai de préférence que ce sont des *corps juridiques* [24] (par opposition à la simple *substance* ou à la *matière* juridique).

Pareille conception pourrait paraître de peu d'importance à première vue. Quelle différence, demandera-t-on, peut-il y avoir à dire : *institution de la propriété*, ou simplement : *propriété,* au lieu de parler de règles du droit sur la propriété? A ne tenir compte que des mots, il n'y a en effet aucune différence appréciable entre ces termes, mais ils contiennent le germe d'une idée féconde et capable d'opérer une révolution complète dans le droit. A la jurisprudence de la faire éclore et s'épanouir complétement! Toute la matière juridique se transformera dans le sens de cette conception : elle réalisera dans toutes ses conséquences la donnée d'une existence et d'une vie individuelles des corps juridiques.

Comment se fait-il que de pareilles merveilles puissent résulter d'une simple manière d'envisager et d'apprécier les

(24) La conception ci-dessus, qui m'a valu de vives attaques, n'a pas été inventée par moi; je l'ai seulement le premier poussée dans ses dernières conséquences. On en trouve des traces chez d'autres, bien longtemps avant moi, par exemple chez Savigny, *Ueber den Beruf unserer Zeit...*, 3 édit., p. 29 : « Les *notions* sont devenues pour les juristes des *être réels,* » dont la présence et la généalogie leur sont devenues familières par » une longue fréquentation. »

choses ? On pourrait en douter s'il ne s'agissait que d'une simple appréciation, s'il ne s'agissait que de mettre les choses sous un jour autre, plus clair. Mais le point de vue auquel nous nous mettons, n'est point comme la lumière qui éclaire simplement les corps : il est comme la chaleur qui les fait passer de l'état solide à l'état fluide condensable. Rigide à l'état primitif, et réduisant l'art du juriste aux proportions les plus étroites, la matière juridique est en quelque sorte liquéfiée; dans cet état elle se laisse mouler et façonner; ses forces cachées, ses qualités inhérentes s'éveillent et sont forcées d'agir. La méthode d'histoire naturelle transforme et élève la matière juridique dans son essence même.

Cette élévation de la matière est aussi l'ennoblissement de la jurisprudence elle-même. Elle cesse d'être condamnée à préparer l'œuvre du législateur en rassemblant péniblement des particularités isolées, elle prend son essor et devient un art, une science libre; un art qui donne à la matière une forme, un aspect artistique, qui lui insuffle la vie; une science, qui malgré le caractère positif de son objet, peut être désignée comme une science naturelle en matière intellectuelle. Cette comparaison n'est pas un vain jeu d'esprit; aucune autre expression ne désigne aussi exactement l'essence de sa méthode que celle de : *méthode d'histoire naturelle.* C'est ce que démontrera la suite de cet ouvrage. Cette méthode c'est le secret de la jurisprudence, elle consacre sa puissance sur la matière, et son attraction sur notre raison.

Représentons-nous maintenant les conséquences que cette manière d'apprécier entraîne après elle pour le traitement de la matière.

Les corps juridiques.

Dès que l'on admet une *existence,* surgit nécessairement la question de son origine et de sa fin (modes de naissance et d'extinction des rapports juridiques); parle-t-on d'un *corps,* sa nature, ses conditions particulières, sa destination, ses forces,

ses qualités, sa ressemblance ou sa différence avec d'autres corps, ses combinaisons ou ses conflits possibles avec ceux-là, sont autant de points qui réclament aussitôt l'examen. Je veux donc relater les points principaux qui nous intéressent ([25]) dans l'ordre d'idées que nous abordons.

([25]) Voici quelque sources que le lecteur peut consulter pour les explications qui suivent. Le corps juridique a dans le langage des juristes romains sa nature déterminée : *natura*, par exemple la servitude, L. 32, § 1 de S. P. U. (**8**-2); l'*habitatio*, L. 3 Cod. de usufr. (**3**-33); l'emphytéose, § 3, I. de loc. (**3**-25); l'obligation, L. 2, § 1 de V. O. (**45**-1); l'obligation corréale, L. 5 i. f. de fidej. (**46**-1); le dépôt, L. 24 depos. (**16**-3); la dot Tit. Cod. de rei uxoriae act.... *et de* NATURA DOTIBUS PRAESTITA (**5**-13) ; les fruits, L. 69 de usufr. (**7**-1); il peut aussi avoir sa *causa*, L. 24, § 21 de fid. lib. (**40**-5); sa substance déterminée : *substantia*, par exemple les obligations, L. 3 de O. et A. (**44**-7), L. 6 Cod. si cert. (**4**-2), L. 5 de fid. (**46**-1); le contrat de vente, L. 3 Cod. de cont. emt. (**4**-38), L. 72 pr. D. ibid. (**18**-1). Il possède une force et une puissance déterminées : *potestas*, par exemple l'action, L. 47, § 1 de neg. gest. (**3**-5); L. 11, § 1 de act. emt. (**19**-1); l'obligation, L. 13 de duob. reis (**45**-2); un effet *(effectus)*, L. 47, § 1 cit.; un *status*, L. 9, § 1 de duob. reis (**45**-2). V. d'autres exemples dans KUNTZE, *Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, Leipz., 1856, p. 75 par ex., *obligatio nascitur, in pendenti est, consumitur, vires ex praesenti accipit, confunditur*. Cette nature et cette force est une conception *pratique*, il en résulte par exemple dans les textes ci-dessus, les conséquences suivantes : la servitude ne peut être possédée, certaines obligations ne peuvent être divisées, certaines clauses sont nulles comme contraires à l'essence de la convention (dépôt, obligation corréale), la propriété s'éteint, etc. La L. 14, § 1 de novat. (**46**-2), est le meilleur exemple de la manière dont les juristes romains opèrent avec cette appréciation du corps juridique. Pour tout homme étranger au droit, la décision du rapport que le juriste a ici sous les yeux (novation sous condition d'une créance conditionnelle) découle uniquement de la volonté des parties; le juriste, au contraire, la puise dans l'action réciproque des deux obligations et il recherche comment et quand l'une est affectée par l'autre. V. d'autres exemples caractéristiques dans L. 3, § 9 de adim. leg. (**34**-4), L. 34, § 11, 12 de leg. 1, (**30**), L. 27, § 2 de pact. (**2**-14), L. 5 de fidej. (**46**-1).

1. *Notion et distinction des corps juridiques.* L'examen du corps juridique a une première question à résoudre : quel est ce corps ? A-t-il une individualité indépendante ou n'est-il qu'une modification d'un autre corps (26) ? Nous nous retrouvons ici en présence de la loi de l'analyse juridique qui ne reconnaît comme indépendant aucun corps que l'on peut résoudre en un ou plusieurs autres. Dire ce qu'est un corps, c'est en donner la notion, c'est-à-dire la quintessence logique, l'individualité. La notion d'un corps juridique contient et résume toute sa force, toute sa vie. Une définition, en tant que réduction de forme ou concentration des résultats obtenus, ne devient donc possible qu'après un examen complet, elle est, selon l'expression très-heureuse de Trendelenburg, le monogramme de la raison logique.

Il importe, au surplus, de ne pas confondre la *conception* des notions, et leur *formule* ou définition. La conception peut être parfaitement exacte tandis que la formule, la définition est boiteuse; les juristes romains qui opèrent si sûrement avec leurs notions avouent eux-mêmes (27) que leurs définitions sont parfois complétement insuffisantes.

La notion donc saisit le corps dans ce qu'il *est*. Mais en quoi consiste ce qu'il *est ?* Serait-ce son *but ?* On pourrait le croire, car la mission pratique qu'il a à accomplir contient le motif général pour lequel il existe, pour lequel il est ainsi et non autre; elle donne, en un mot, sa clef logique. Je ne nie certainement pas que le but d'une institution ne soit très-important, indispensable même pour son intelligence, (non-seulement au point de vue de la philosophie du droit mais aussi au point de vue de la pratique) (28), mais je conteste que la théorie *juri-*

(26) En droit romain par exemple, la *traditio brevi manu,* le constitut possessoire, l'acquisition des fruits par le fermier, le *jactus missilium* peuvent tous être ramenés à l'idée de la tradition.

(27) L. 202 de R. J. (50-17).

(28) On pourrait et on devrait s'en occuper beaucoup plus que l'on ne le

dique puisse se baser sur ce but pour *définir* ([29]). Est-ce à dire que la définition du dépôt ou du commodat comme remise d'une chose dans le *but* de la conserver ou d'en faire usage soit défectueuse ? Assurément non, mais quelle en est la raison ? C'est qu'ici le *but* et le *contenu* sont identiques. Remise d'une chose dans le *but* de la conserver ou d'en faire usage, n'a d'autre signification que celle-ci : remise avec *obligation* de conserver, avec *droit* d'usage. Mais lorsque nous employons ce mot *but* dans son vrai sens, nous entendons par le *but* d'une institution quelque chose d'opposé au contenu, quelque chose de plus élevé, se trouvant en dehors de cette institution, et dont elle n'est elle-même qu'un *moyen*. Or, si notre science n'est qu'une sorte de *materia medica,* une théorie des *moyens* que le droit tient en réserve pour les buts de la vie, nous devons analyser ces moyens d'après des éléments qui leur sont immanents. Du reste un classement d'après leur but, concevable peut-être pour quelques-uns, serait en général impraticable ([30]). En effet, ces buts sont indéterminés, flottants et indécis ; ils se croisent d'une manière souvent inextricable, ils varient sans que l'institution même éprouve la plus légère altération.

---

fait, dans notre enseignement juridique, notamment par rapport à une foule d'institutions romaines que nous ne comprenons plus aujourd'hui. Les juristes romains se préoccupent rarement du but (V. par exemple l'usucapion. SAVIGNY, *System,* t. V, p. 268, note e), parce qu'il est évident pour celui qui le constate tous les jours dans la vie.

([29]) Un exemple connu de définition *téléologique* nous est fourni par la définition d'EINERT, de la lettre de change : le papier monnaie commercial; elle caractérise uniquement le principal usage pratique du change et non sa nature juridique. La définition *ontologique* de la lettre de change est celle-ci : une promesse pécuniaire détachée de sa cause, ou comme s'exprime THÖL une promesse d'argent.

([30]) Où par exemple la tutelle trouverait-elle place ? Et l'usufruit ? Si le but était l'élément déterminant, le contrat de louage, l'emphytéose et l'usufruit sur des immeubles devraient être réunis sous une seule et même rubrique.

Il y a de plus nombre de corps juridiques dont le but serait en général impossible à déterminer, aucun besoin pratique (*utilitas*) ne leur ayant donné naissance : ils ne doivent leur origine qu'à la logique, à la nécessité juridique seule (*ratio juris*). Ils n'existent que parce qu'ils ne sauraient pas ne pas exister. On ne peut *définir* que d'après un élément, qui permet de *classifier* : un point de vue qui ne convient pas pour préciser le caractère de l'ensemble des corps ou pour les ramener tous à un ordre systématique, ne convient pas davantage pour en déterminer un seul. Ne définissons donc pas le corps d'après ce qu'il produit ou doit produire, ne considérons que sa *structure*, ses *éléments anatomiques*. Ces éléments sont, par exemple, le sujet, l'objet, le contenu, l'effet, l'action. Les droits dans le sens subjectif, voilà l'objet principal de nos définitions : c'est pour eux que je veux démontrer le problème et indiquer la méthode pour le résoudre.

Dans tout droit il faut d'abord considérer le *sujet*. La solution de la question de savoir *qui* doit être considéré juridiquement comme sujet d'un droit, comment on doit concevoir le rapport entre le sujet d'une part et l'objet ou le contenu du droit d'autre part, peut souvent présenter de grandes difficultés. Ces difficultés surgissent surtout lorsqu'il n'y a pas une relation intime entre le sujet et l'objet; lorsque le lien qui existe entre eux résulte d'un élément intermédiaire quelconque, par exemple dans la servitude prédiale, du *praed. dominans,* dans les obligations au porteur, du papier; ou lorsqu'il y a concours de plusieurs ayants-droit pour un seul et même droit, soit qu'il doive y avoir un partage entr'eux, soit que l'un d'eux doive recevoir le tout. Dans la 1re hypothèse, (par exemple, dans la copossession, la copropriété, dans l'obligation) le fait de la pluralité des personnes n'offre point de difficultés par lui-même, le droit se divisant en autant de parties qu'il y a de personnes. Mais encore, dans cette forme très simple du rapport, peut-on discuter comment on doit se représenter cette division? — par exemple, dans la copropriété, y a-t-il un

partage atomistique de la *chose,* ou un partage du *droit,* ou plus exactement du *contenu* du droit? Une autre forme pour cette hypothèse d'un concours non solidaire nous est fournie par la personne juridique. Celle-ci n'est pas elle-même le destinataire des droits qu'elle possède, ce sont les personnes physiques qui se trouvent, pour ainsi dire, derrière elle, qui les détiennent: elle ne fait que les représenter, elle est l'ayant-cause technique nécessaire, peu importe qu'il s'agisse d'un cercle déterminé d'individus *(universitas personarum)* ou d'une quantité indéterminée (*universitas bonorum,* par exemple, dans un hôpital: les malades). Elle n'est (au moins pour le *droit privé*) qu'un instrument technique, destiné à corriger le manque de détermination des sujets ([31]).

Quant à la 2e hypothèse indiquée ci-dessus, nous en rencontrons un exemple bien connu dans les obligations solidaires (dans le sens étroit), et dans les obligations corréales. Faut-il y voir *deux* obligations avec le *même* contenu, ou *une* obligation avec *deux* sujets? Telle est la question que l'on peut soulever.

L'objet du droit est également un élément nécessaire de toute définition. Je citerai, par exemple, le droit héréditaire et l'obligation, qui prêtent l'un et l'autre à la controverse sous ce rapport. Dans le droit héréditaire, l'objet est-il la masse des divers rapports juridiques ou la personnalité patrimoniale du de cujus? Dans l'obligation est-ce le débiteur, sa volonté ou l'action à accomplir?

Quant au *contenu,* l'obligation peut encore nous servir d'exemple, car on s'est demandé si le droit du créancier porte sur l'action ou sur sa valeur en argent? On a également discuté, en ce qui concerne les servitudes, ce qui en formait exactement

([31]) Tel est, notamment, son caractère dans l'*hereditas jacens.* Ici encore le sujet est indéterminé et la personne juridique n'est qu'un chaînon intermédiaire entre la personne physique et le patrimoine. Je reviendrai plus loin sur ce point de vue. V. T. IV, § 65, 71.

le *contenu*. On s'est demandé notamment si elles contiennent des avantages détachés de la propriété ou seulement des restrictions de la propriété.

A la question de la structure des droits se rattache aussi leur rapport accessoire avec d'autres droits, par exemple, la dépendance du droit de gage vis-à-vis de l'obligation, des intérêts moratoires vis-à-vis de l'obligation principale, de la servitude prédiale vis-à-vis du fonds dominant. Vient ensuite la question du rapport de l'action et du droit : celui-ci peut-il être séparé de celle-là et que signifie la cession de l'action sans qu'en même temps le droit soit cédé? L'action constitue-t-elle une addition au droit ou n'est-elle que ce droit lui-même considéré comme objet d'un litige? etc.

Les autres éléments des corps juridiques dont je vais maintenant m'occuper sont en relation étroite avec les précédents non moins qu'entre eux-mêmes : quant à bien des points qui seront touchés dans la suite il est si arbitraire et si indifférent de les ranger sous tel ou tel point de vue, que je ne me suis résolu à les traiter séparément que dans l'intérêt du lecteur, et pour lui faciliter son étude.

2. *Qualités et forces des corps juridiques.* Je citerai la divisibilité et l'indivisibilité des droits, leur force d'expansion, (le droit d'accroissement dans la propriété, l'usufruit et le droit héréditaire — le droit s'y propage en quelque sorte sur un terrain laissé vide), la possibilité ou l'impossibilité de séparer les droits de la personne (dépendance de la vie de celle-ci, possibilité de cession à d'autres, etc.), la possibilité de l'existence solidaire de plusieurs droits sur le même objet (soit simultanément, soit successivement comme dans l'hypothèque), la possibilité d'une restriction ou d'une diminution du contenu régulier des droits (élasticité; parties fixes de l'acte juridique : *essentialia negotii*; parties mobiles : *naturalia* et *accidentalia*).

3. *Phénomènes dans la vie des corps.* Citons tout d'abord les phénomènes qui concernent l'existence du corps lui-même : sa naissance et sa fin. Mais ce n'est là que la partie concrète, et

spéciale du problème. L'existence des corps juridiques donne lieu à toute une série de questions d'un intérêt général. Parmi celles-ci figurent par exemple, la suspension des conditions d'existence du droit (conditions suspensives, etc.); la durée perpétuelle ou transitoire d'un rapport juridique, la question si importante de la date (par exemple quand l'acte est-il censé conclu? quand l'absent doit-il être considéré comme mort? Quand y a-t-il *actio nata*? à cette question se rapporte aussi celle de l'effet rétroactif de la condition et de la ratification); l'intervalle entre l'acte constitutif et la naissance du droit (conclusion anticipée de l'acte avant l'existence des conditions qu'il requiert, par exemple, le droit d'hypothèque avant la naissance de la créance); l'intervalle entre la naissance du droit et sa validité *(dies)*; la paralysie durable ou passagère des droits *(exceptio peremtoria* et *dilatoria)*; l'extinction partielle, le rétablissement des droits éteints; leur métamorphose, leur transformation en d'autres rapports, l'influence de l'extinction de l'action sur le droit (propriété, obligation), l'influence de l'extinction d'une créance sur la créance réciproque, etc.

4. *Rapport avec d'autres corps.* Incompatibilité de certains corps avec d'autres (par exemple de la *patria potestas* et de la *tutela*, de la succession testamentaire et ab intestat, inapplicabilité de la possession à l'obligation), leur compatibilité avec d'autres (par exemple de la possession et de la servitude ou quasipossession), leur concours sur le même objet ou le même rapport et leur conflit (par exemple de la propriété et de l'obligation, c'est-à-dire de la *reivindicatio* et de l'*exceptio rei vend. et trad.*, de la propriété et du droit de gage, influence du concours des actions); disparition de l'un des corps et effet de cette circonstance sur les autres (par exemple extinction de l'hypothèque précédente, *derelictio* du *praedium serviens* ou *dominans,* influence de ce fait sur l'hypothèque suivante ou la servitude).

Enfin. 5. *La classification systématique des corps juridiques,* dernière conséquence de la méthode d'histoire naturelle, nous amène au point culminant de tout le problème. J'ai déjà développé ce sujet plus haut, (p. 23).

La construction juridique et ses lois.

L'exposé qui précède n'avait au fond qu'un but : donner au lecteur un aperçu des objets et des problèmes de la méthode d'histoire naturelle, ou ce qui revient au même, un aperçu du corps juridique.

Je n'aurai, je l'espère, guère besoin de me justifier d'avoir développé longuement ce thème. Je m'étendrai relativement moins longtemps sur la question principale que j'aborde maintenant. Cet aperçu préliminaire était indispensable pour l'intelligence de ce qui va suivre : il mettra le lecteur à même de suppléer bien des détails que je ne pourrai plus qu'indiquer d'une manière sommaire.

Revenus ainsi au point initial du paragraphe, nous pouvons désormais définir la construction juridique : *l'application à la matière juridique de la méthode d'histoire naturelle.* La construction juridique est, pour ainsi dire, l'art plastique de la jurisprudence; son objet, son but, c'est le corps juridique. Tout travail d'organisation, quel qu'il soit du reste, qui se rapporte à ce corps, du moment qu'il a pour objet sa structure, tombe sous la notion de la construction juridique : ici il s'exercera sur le corps dans sa totalité, là il ne servira que d'auxiliaire pour expliquer des circonstances déterminées de la vie du corps, et aplanir des contradictions apparentes de corps isolés avec leur notion fondamentale. J'ai dit : tout *travail d'organisation ;* je m'explique. On peut en matière de droit, concevoir un travail purement passif, c'est-à-dire qui se borne à recueillir et à élaborer des points de vue acquis, à déduire des conséquences logiquement établies. Telle n'est point la construction juridique, du moins dans le sens usuel; elle est une opération d'art, elle crée, elle invente, elle organise (32).

(32) Il en résulte qu'il s'agit là d'une question de talent et d'intuition

Nous allons maintenant soumettre la construction juridique à un examen plus approfondi, et en expliquer d'abord les *lois*.

La construction a pour but l'organisation des corps juridiques. D'après quelles considérations, d'après quelles règles doit elle agir; bref, quelles sont ses lois? J'admets les suivantes:

1. *La construction doctrinale doit s'appliquer exactement au droit positif.* Les règles positives sont ses points d'alignement. Elle doit en respecter le *contenu*, mais elle n'en conserve pas moins une entière liberté quant à la *forme*. Le législateur doit s'abstenir de construire, c'est-à-dire de faire de la théorie; sinon il empiète sur le domaine de la science, il se dépouille de son autorité et de sa puissance de législateur pour se mettre sur la même ligne que le juriste.

Si par suite, les constructions du législateur n'ont qu'une importance théorique, si elles peuvent par conséquent être toujours amendées, voire écartées par la jurisprudence, elles n'en sont cependant pas moins dignes d'attirer l'attention. La con-

---

plutôt que de soin et d'érudition. Nulle part le travail ne produit de meilleurs ou de pires résultats. Une construction *réussie* est à mes yeux un *fait* juridique, une prestation de valeur impérissable; une construction manquée est sans valeur aucune, c'est un travail perdu. Nul de ceux qui abordent un pareil problème ne peut se dissimuler qu'il joue à la loterie; pour un gagnant, il y a des centaines de perdants. C'est l'expérience qui l'enseigne. On n'apprécie pas assez en général, la difficulté et le mérite de pareils travaux. Tandis que la sueur s'attache à ceux de l'érudition, ils ne trahissent en rien la peine et le labeur qui les ont précédés: et l'on n'est que trop disposé par suite, à ne voir dans le fruit de recherches poursuivies pendant des années, qu'une richesse obtenue sans peine dans une heure de bonheur. Un seul mot souvent peut amener une solution, et le mot prononcé, le résultat paraît si naturel et si simple qu'il semble que chacun aurait pu le trouver. On songe involontairement à la solution d'une énigme, qui, on le sait, une fois trouvée, paraît toute autre que lorsqu'on la cherchait. Il n'est pas aussi aisé de deviner nos énigmes du droit civil: il en est bon nombre dont s'occupe notre jurisprudence actuelle, notamment celle de l'Allemagne, dont l'Œdipe n'est pas encore né.

tradiction les respecte davantage, et l'on comprend qu'elle ne les bat pas aussi facilement en brèche que des constructions purement doctrinales ([33]). La tradition et l'histoire, n'ont aucune

---

([33]) La FICTIO *legis Corneliae* est un exemple bien connu d'une construction législative de l'époque ancienne du droit romain; pour l'époque postérieure, je citerai la disposition de Zénon sur la nature propre du contrat emphythéotique. Mais en général on ne peut adresser à la législation romaine jusqu'à Justinien le reproche de pareilles incursions sur le terrain de la science. Justinien au contraire, poursuivait, comme on le sait, un but entièrement opposé. Ses institutes et ses pandectes sont à la fois des traités et des codes. Ce mélange de science et de législation a contribué largement à entraver l'élaboration moderne du droit romain. La science s'est laissée intimider par l'autorité de Justinien dans des questions purement scientifiques. L'exemple donné par Justinien du maître d'école sur le trône ou du législateur dans l'école a trouvé dans les législations récentes des imitateurs par trop complaisants. La science doit laisser à César ce qui est à César, mais il faut aussi que celui-ci abandonne à la science ce qui est du domaine de la science. — On a vivement combattu dans ces derniers temps quelques-unes de ces constructions légales établies dans nos nouveaux Codes, surtout dans le droit autrichien; par exemple, l'idée du domaine éminent ou servant. (RANDA, *Der Besitz nach österr. Recht*. Leipzig, 1865, p. 14, 17. UNGER, *System des österr. privat Rechts*, I, p. 608); la conception de la possession comme droit réel. (RANDA, p. 27); la possession tabulaire, (id. p. 43); le *titulus* et *modus acquirendi*. (UNGER, II, p. 11); la tradition symbolique. (RANDA, p. 119, EXNER, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Besitz nach österr. Recht*. Vienne, 1867, p. 167 s.); la définition des personnes juridiques, (UNGER, I, p. 322 à 324). Dans les lois anciennes comme dans les lois nouvelles il y a encore beaucoup à faire sous ce rapport. Rien de plus dangereux que d'attacher une foi absolue aux termes dont elles se servent. Ainsi elles emploient souvent le mot *possession*, là où il s'agit du droit au transfert de la possession. (V. STOBBE dans la Revue d'IHERING, XV, p. 234); elles parlent d'un transfert de la *propriété* de la chose vendue dès la conclusion de la vente, alors qu'elles n'ont en vue que le transfert du péril de la chose, et qu'au fond, elles ne visent la *propriété* que comme argument ou moyen pour établir cette dernière règle.

importance en cette matière, en tant qu'il s'agit de simples constructions ([34]).

La jurisprudence a donc une liberté complète dans son action sur la matière; il suffit qu'elle conserve à celle-ci sa force pratique. Elle n'est liée par aucune forme et peut même en inventer d'entièrement nouvelles. En voici un exemple: déterminé par certaines considérations touchant la police des bâtiments, l'ancien droit refusait au propriétaire la revendication de ses matériaux employés par un autre dans une autre maison; il ne lui reconnaissait qu'une action personnelle en dommages intérêts; après la séparation des matériaux, par ex., lorsque la maison s'écroulait, la revendication ne souffrait plus aucun obstacle. On pouvait traduire ce rapport, soit en disant que la propriété cessait momentanément pour renaître plus tard, soit en disant que la propriété continuait, mais qu'elle ne pouvait être exercée aussi longtemps que durait l'accession. Cette dernière idée méritait évidemment la préférence sur la première; en effet, il était deux fois choquant de proclamer que la propriété se perdait par une action arbitraire d'un copropriétaire, et d'admettre qu'après avoir cessé, elle pouvait renaître après coup. Étant admis donc que la loi a adopté cette dernière appréciation, la jurisprudence serait absolument en droit, à mon avis, de la considérer comme une construction défectueuse et de la remplacer par l'autre. Pratiquement toutes deux conduisaient aux mêmes résultats, ce n'étaient donc que des constructions juridiques, des tentatives de la science pour expliquer rationnellement des dispositions positives.

([34]) V. à l'appui de cette allégation la construction de l'*actio spolii* pour le fermier, Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 243. Cela n'empêche pas toutefois que le point de vue auquel une époque a ramené ses institutions propres peut devenir de la plus haute importance pour l'intelligence de celles-ci. (V. par exemple dans le moyen-âge, le droit d'autonomie des villes et de la noblesse).

Lorsque au contraire un jurisconsulte moderne ([35]), cherche à mettre d'accord avec la théorie de l'occupation, la règle énoncée dans le droit romain que la moitié du trésor trouvé dans le sol d'autrui appartient au propriétaire du sol, en disant que l'inventeur acquiert la propriété du trésor tout entier, mais qu'il est *obligé* légalement de restituer la moitié au propriétaire du sol, cette construction est en contradiction avec notre loi de la concordance avec la matière positive. Elle conduit à des résultats qui ne répondent point au droit positif; ainsi notamment, le propriétaire n'aurait pour la moitié qui lui revient qu'une action personnelle contre l'inventeur, tandis que le droit romain en lui reconnaissant la copropriété de la moitié (*dimidium ipsius,* § 39 I. de R. D. **2**-1) lui accordait par cela même aussi une action contre les tiers.

2. La deuxième loi de la construction doctrinale est celle de l'*unité systématique.* La science ne peut se mettre en contradiction avec elle-même. Elle est liée envers elle-même, autant que soumise à la loi. Toutes ses constructions doctrinales doivent concorder entr'elles. Une notion du droit n'admet pas plus d'exception, qu'un corps ne peut se démentir, être exceptionnellement autre que ce qu'il est. Si donc l'on peut trouver une position du corps juridique incompatible avec la notion qui lui est assignée par la jurisprudence, on peut affirmer que la viabilité scientifique et le droit à l'existence lui font défaut. Que cela soit peu ordinaire et peu important en pratique, il n'importe : il ne s'agit pas d'un problème pratique mais d'un problème logique ([36]). L'*épreuve de la construction juridique* con-

---

([35]) PUCHTA. Pandectes, § 154.

([36]) C'est ainsi que les juristes romains, par ex., dans la théorie de la propriété, traitent la question de la continuation de la propriété sur un oiseau envolé, sur un animal sauvage échappé. C'est ainsi encore qu'ils recherchent le rapport de propriété quant aux choses héréditaires avant l'adition de l'hérédité et quant aux choses léguées sous condition, celle-ci

siste pour la science, à placer ses créations doctrinales dans toutes les positions imaginables, à les combiner de toutes les manières possibles entre elles et à comparer leurs principes fondamentaux. La construction n'est sortie victorieuse de l'épreuve, elle n'est légitime et vraie que lorsque partout règne un accord parfait. Prenons pour exemple l'obligation. Si nous la concevons, avec les juristes romains, comme une qualité des deux personnes intéressées, il s'ensuit qu'elle ne peut exister *sans* ces deux personnes — car une qualité sans sujet n'existe pas. Or, il résulte de là que l'obligation doit s'éteindre par la mort du créancier ou du débiteur. Cependant il n'en est pas ainsi en pratique. Dès lors il faut ou bien abandonner la conception dont il s'agit, ou bien considérer les personnes comme permanentes. C'est cette dernière voie qu'ont suivie les juristes romains. Il n'y a pas d'autre issue : toute autre hypothèse ne pourrait consister qu'à se contenter du simple *fait* de la continuation de l'obligation, et devrait renoncer à mettre ce fait en harmonie avec la notion de l'obligation. Ce serait là une banqueroute scientifique, la décadence de toute jurisprudence quelconque.

La jurisprudence admet que l'obligation s'éteint par le paiement, on devrait dès lors, semble-t-il, tenir pour un non-sens juridique que le créancier, après avoir obtenu paiement, puisse encore céder l'action. Cependant, le droit reconnaît la possibilité d'une cession du créancier à la caution après le paiement effectué. Ici encore une fois, dire que tel est le droit ne peut satisfaire la science. Elle doit renier la règle, ou si elle ne le veut, ni ne le peut, elle devra découvrir une considération

étant encore pendante, etc. C'est ainsi enfin qu'ils exigent, lorsqu'un rapport est né dans un *espace de temps* quelconque, l'indication du *moment* de la naissance, et qu'ils nient, par ex., très logiquement dans la L. 9, § 3 qui potior. (20-4), la possibilité de l'existence d'une hypothèque, alors que l'on ne saurait déterminer le moment où elle serait née.

qui efface la contradiction, et la signale comme apparente seulement. C'est ce que les jurisconsultes romains ont réalisé, sans le moindre effort, et de la manière la plus victorieuse ([37]).

La condition dont il s'agit dans notre deuxième loi peut se traduire en ces termes : la science ne peut établir des *impossibilités juridiques.* Au premier abord la notion de la possibilité ou de l'impossibilité en droit paraît être une notion absolue; en réalité elle n'est que relative. Bien des choses, qui aujourd'hui sont devenues juridiquement possibles, auraient dû paraître impossibles aux yeux des juristes romains; (par exemple, des créances appartenant à tout détenteur d'un papier, les endossements en blanc, etc.), et d'un autre côté, que de créations qui ne heurtaient nullement leur bon sens, et qui aux juristes antiques auraient paru un défi à toute logique juridique ([38]).

Dans les conceptions de la science, comme dans le droit lui-même, il y a progrès éternel : la science agrandit sans cesse son horizon intellectuel, elle élargit chaque jour le cercle du possible, soit que sa propre vertu l'y pousse, soit que la puissance du fait lui impose comme une nécessité pratique ce qui fut jusque là juridiquement impossible, et la force par cela même d'étendre d'autant le domaine du possible théorique. Dans ce dernier cas l'alternative suivante s'impose à la science : il faut que le dogme ancien ([39]) se soumette à la doctrine nouvelle, ou

---

([37]) Le paiement de la caution a été considéré comme l'achat de la créance, V. L. 76 de sol. (46-3).

([38]) Par exemple, la *traditio in incertam personam.* La jurisprudence antique ne pouvait se représenter la *jactus missilium* que comme une *derelictio* d'une part et une occupation d'autre part. La jurisprudence nouvelle s'est élevée jusqu'à la seule idée exacte de la *traditio in incertam personam.*

([39]) Je n'examinerai pas ici sur quoi repose ce dogme : je n'insisterai pas sur ce fait qu'il consiste non-seulement en règles et en considérations juridiques positives, mais encore en axiomes logiques généraux, (nous verrons des exemples plus loin).

bien que celle-ci s'incline devant lui; les notions et les doctrines qui ont existé jusqu'ici doivent être changées, pour faire place aux nouvelles, ou bien celles-ci, au moyen d'une manipulation habile, ou au moyen de quelque point de vue approprié, doivent être disposées de telle sorte qu'elles concordent avec *le dogme* ancien. Cette dernière voie est la première qui s'ouvre. La jurisprudence est dans son droit absolu en la suivant, en mettant tout son art à se soustraire à la nécessité de rompre avec les doctrines qu'elle a professées jusqu'alors. Les juristes romains de l'antiquité ont merveilleusement compris cet art de concilier la pratique nouvelle avec les théories anciennes. Nous en trouverons des preuves éclatantes dans le cours de cet ouvrage [40]. Ils se lancent même parfois dans des circuits tellement diffus et pénibles qu'ils frisent le ridicule (t. IV, § 68). Mais gardons-nous de méjuger d'une idée poussée jusqu'à l'exagération, mais juste en elle-même, évitons de perdre de vue le sens juridique très exact dont elle a procédé, et de négliger les conséquences avantageuses de cette rigueur. Pour que l'édifice scientifique acquière de la stabilité, il ne faut pas sans nécessité en ébranler les fondements; il faut apprendre à s'y ménager des issues, à s'y tirer d'affaire. Aide-toi toi même : cette maxime, mise en pratique, produit les fruits les plus précieux pour la science. La nécessité rend inventif. La nécessité dans laquelle le conflit du nouveau avec le passé place le juriste, ou plutôt les efforts pour apaiser ce conflit sans dommage pour le passé, ont exercé la plus heureuse influence sur le développement de la sagacité juridique. C'est

[40] J'ai donné une foule d'exemples au t. IV, § 70. Il s'en trouve quelques autres dans REGELSBERGER, *Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte.* Erlang, 1859, p. 7, note c; par exemple, pour faire passer un usufruit aux héritiers on n'a pas fait une exception à l'incessibilité, mais on a eu recours à l'obligation d'en constituer un nouveau L. 5 pr. quib. mod. usuf. (7-4).

cette nécessité qui éperonne le juriste, qui porte à son plus haut degré son art dialectique : c'est elle qui le conduit à des inventions et à des découvertes qui, abstraction faite du but immédiat auquel elles doivent servir, apportent à la science des richesses précieuses et fécondes. C'est sous l'influence de pareilles circonstances coercitives que la jurisprudence romaine a mis au jour une série de distinctions qui garderont éternellement leur valeur.

Cet art de la conciliation a cependant des limites. Il arrive un moment où le maintien de ce qui existe devient contre nature et forcé ([41]). Mais il dépend plutôt du sentiment que d'une détermination objective, d'indiquer ce moment précis. Telles constructions qui concordent entr'elles et sont suffisantes pour une époque donnée, produisent une impression forcée à une autre; les juristes romains eux-mêmes, si rigoureusement qu'ils s'en soient tenus en tout au dogme traditionnel, se sont décidés çà et là à rompre en visière, tandis que la jurisprudence antique éluda cette nécessité en s'efforçant de concilier les choses ([42]). Il y aurait encore beaucoup à faire sous ce rapport

---

([41]) Par exemple : les juristes romains définissaient originairement le *pignus* comme un contrat ; ils purent, mais non sans difficulté, maintenir cette définition pour les premiers cas de l'hypothèque légale (*quasi tacite convenerit; pignus tacitum*) : mais cela devint impossible lorsque se produisit la constitution de l'hypothèque par testament. Pour le droit de Justinien avec son grand nombre d'hypothèques légales, ce serait un non-sens de rattacher celles-ci à l'idée d'un contrat tacite ou fictif.

([42]) Je rappellerai par exemple le *jactus missilium* (V. la note 38). L'ancien dogme porte : aucun acte juridique ne peut être dirigé *in personam incertam*. Pour maintenir cette prohibition, il ne restait qu'à décomposer le *jactus missilium* en déréliction et occupation. Mais cette conciliation était forcée : elle violait la volonté du *jacens* qui avait en vue non une déréliction, mais une cession. La jurisprudence postérieure rendit ici un hommage à la vérité, en admettant une *traditio in incertam personam*, et en modifiant en réalité le dogme ci-dessus. Ce qui jusque là avait passé

pour la jurisprudence actuelle, même au point de vue de la théorie purement romaine (c'est-à-dire, abstraction faite absolument des changements que lui a fait subir notre droit moderne) [43].

Les explications qui précèdent n'ont envisagé notre deuxième loi que du côté où elle nous intéresse : au point de vue de la technique romaine antique; mais cette loi elle-même s'étend plus loin et acquiert une importance extrême, particulièrement pour la classification systématique; seulement, je ne puis insister ici sur ce point.

Si nous voulons opposer les deux lois de la construction juridique que nous avons expliquées jusqu'ici, nous pouvons dire que la première a ses racines dans l'élément *positif*, la seconde dans l'élément *logique*. L'élément de la troisième et dernière loi, que j'aborde maintenant, peut être nommé l'élément *esthétique*.

3. *La loi du beau juridique*. On s'étonnera d'entendre parler du sens artistique ou du beau dans le droit. La chose le comporte cependant, et si l'on m'a permis de parler de configuration artistique de la matière, il faudra bien aussi que l'on admette le sens artistique [44]. C'est sur lui que repose la satis-

---

pour impossible en droit fut admis désormais. Je ne puis comprendre comment des jurisconsultes récents, par exemple Puchta, Pand. § 147, note k, ont perdu de vue l'opposition de ces deux constructions (dans l'une il y a *deux* actes unilatéraux, dans l'autre *un seul* acte bilatéral) et les ont considérées comme conciliables (comme si une tradition pouvait jamais être à la fois une déréliction et une occupation).

[43] Que l'on prenne, par exemple, les règles : *nemo pro parte testatus*, etc., *semel heres*, *semper heres* et tant d'autres, qui déjà du temps des juristes classiques existaient plutôt pour la forme que dans la réalité.

[44] Cette appréciation se fait jour même chez les juristes romains ; ils connaissaient un sentiment du beau juridique et l'admettaient comme légitime. Que l'on se rappelle, par exemple, le reproche d'*inelegantia juris* (dans Gaius, I, § 84, 85), et la loi de la symétrie. (L. 35, L. 100 de R. J. 50-17).

faction ou le déplaisir que certaines constructions excitent en nous. Les unes nous agréent par leur caractère naturel, leur transparence, leur simplicité, leur clarté; les autres nous répugnent par l'absence de toutes ces qualités, nous paraissent forcées, peu naturelles etc., sans que nous puissions cependant les déclarer vicieuses. Cette loi n'a donc pas le caractère absolu des deux premières. Une construction qui pèche contre celles-ci manque absolument de raison d'être, elle n'est pas une construction. Au contraire, une construction lourdement agencée, forcée, est légitime, nécessaire tant que l'on ne peut la remplacer par une autre. Il y a donc là des gradations, il se rencontre des constructions les unes plus parfaites que les autres. La comparaison avec l'art est d'une exactitude si parfaite que nous pouvons même parler d'un *style artistique*, variant avec les différentes époques de la jurisprudence. Sous ce rapport, la différence entre la jurisprudence romaine antique et nouvelle, ne saurait échapper à un observateur attentif, et nous aurons soin de la relever lorsque le moment en sera venu. Le style de la jurisprudence antique se caractérise surtout par la recherche de la forme plastique, tandis que la jurisprudence postérieure opère plutôt à l'aide de moyens internes, de principes : elle remplace, par exemple, l'acte apparent par des fictions.

Je n'entrerai pas dans de plus longs détails au sujet de cette troisième loi : sa connaissance ne me paraît pas indispensable pour comprendre la technique du droit antique et les preuves que nous rencontrerons de son existence seront intelligibles même sans commentaire. Je me bornerai aux remarques suivantes. Plus la construction est *simple*, et plus elle est parfaite, c'est-à-dire plus elle est claire, transparente, naturelle; l'extrême simplicité est ici la manifestation suprême de l'art. Les rapports les plus compliqués sont souvent construits par les Romains au moyen des procédés les plus simples (que l'on songe, par exemple, à la personne juridique). Des constructions qui paraissent forcées, compliquées, doivent d'avance nous mettre

en défiance. La construction est *claire* lorsqu'elle rend le rapport facilement accessible à notre entendement (comme, par exemple, dans la notion de l'*univ. rerum distantium);* elle est *transparente,* lorsque les conséquences du rapport apparaissent ouvertement, comme dans la notion de la personne juridique; elle est *naturelle,* lorsque la construction ne prétend pas déroger aux phénomènes du monde physique ou intellectuel ([15]). Si toute construction juridique repose sur une appréciation d'histoire naturelle, il est facile de comprendre qu'elle cherche à se rattacher étroitement aux lois et aux précédents de la nature, à les imiter le plus exactement possible. Dans nombre de cas, le mot *naturale* des Romains paraît avoir précisément cette signification ([16]).

Connaissant maintenant les conditions auxquelles la construction juridique doit répondre, nous avons à ajouter quelques mots sur les *moyens* qu'elle met en œuvre dans ce but, et que j'appellerai l'*appareil de construction.*

Dans cet ordre d'idées, les *images* reçues dans le langage occupent le bas de l'échelle: Ce sont, par exemple, le *servus*

([15]) Voici, par exemple, des règles adoptées par les juristes romains pour la construction juridique, et imitées de la nature : ce qui est venu à cesser ne peut plus reprendre son ancienne existence ; ce qui est arrivé ne peut plus être changé (par exemple, L. 2 de resc. vend. **18**-5 : *perire non potuit, quod quis nondum habuit;* L. 26 pr. de usuf. leg. **33**-2) ; la cause et l'effet ne souffrent aucun *vacuum* entre elles. A cette même catégorie appartient l'idée d'équilibre des forces dont se sert, par exemple, VENULEJUS, L. 13 de duob. reis (**45**-2) : *Cum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, qua re altera potius quam altera consumatur,* L. 5 de fidej. (**46**-1). Comp. aussi la règle : *Melior est conditio possidentis,* et v. la déduction de l'impossibilité d'une *compossessio in solidum* dans la L. 3, § 5 de poss. (**41**-2).

([16]) Par exemple, dans l'assimilation, du reste incorrecte, des modes de naissance et de dissolution, L. 35 de R. J. (**50**-17) : *Nihil tam* NATURALE *est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.*

POENAE, (L. 17 pr. de poen. 48-19), la désignation des servitudes comme JURA *praediorum*, celle de la *rei vindicatio* comme *actio* IN REM, celle du droit de gage comme OBLIGATIO *rei*. Une chose ne peut ni avoir un droit, ni être actionnée, ni être le sujet d'une obligation. Notre science connaît sans doute la possibilité d'une personnification de ce qui n'est pas en réalité une personne, mais de ces cas-là il n'y a pas à s'occuper, la personnification n'y est pas juridique, mais simplement figurée. Je n'en crois pas moins, au point de vue de la conception naturelle, pouvoir désigner ces expressions comme des essais de construction; on a même voulu y voir de véritables constructions. L'on ne saurait contester du reste qu'elles ne soient habilement choisies, et ne donnent à l'intelligence des points d'appui très utiles. Comme moyen de construction de la catégorie la moins élevée, je nommerai ensuite les *actes apparents*, au sujet desquels je serai bref, ayant à en parler plus loin, (t. IV, § 68). Puis viennent les *fictions* qui souvent ne sont que le caput mortuum d'actes apparents plus anciens. Il y a une certaine analogie entre la fiction et l'*extension artificielle de notions naturelles*, par exemple, l'extension de la notion du *fructus* à l'usage, *(fructus civiles)*, de la possession aux servitudes *(juris possessio)*, de la personne aux personnes juridiques, de la chose à des collections de choses (choses juridiques), etc. Un des moyens les plus artificiels en apparence de notre droit romain est l'effet rétroactif, dont nous parlerons ailleurs.

Il nous reste à voir enfin la valeur technique propre et l'utilité de la construction juridique. Comment celle-ci se comporte-t-elle vis-à-vis de la mission suprême développée plus haut (§ 43) de la technique, celle de faciliter la connaissance du droit? Nous appellerons *système* le droit tel qu'il résulte de la construction dans le sens de la méthode d'histoire naturelle, et nous résumons ce qui va suivre dans ces deux propositions : le système est la forme pratique la plus avantageuse d'une matière positive donnée ; il est la source de matières nouvelles.

1. *Le système est la forme pratique la plus avantageuse d'une matière positive donnée.*

Eriger le droit en système, dans le sens ci-dessus, c'est lui arracher ainsi que nous l'avons appris déjà sa forme pratique *extérieure,* sans diminuer pour cela sa force pratique *interne.* Toutes nos notions et divisions sont des puissances pratiques; obtenues à l'aide de *règles* de droit, un juriste habile saura toujours les ramener à cette forme. (T. I, p. 38.)

Cette transformation n'entrave en rien l'utillité de la matière, elle la perfectionne même de la manière la plus essentielle.

Considérons tout d'abord que le système est la forme *la plus visible* de la matière, parce qu'il est une forme *plastique.* La matière comme substance purement matérielle (comme simple somme de règles) ne peut être saisie que par la mémoire. Dans la forme du système, c'est l'*intuition* qui se charge de ce rôle. Le caractère spécial de l'*intuition* réside dans l'unité, la totalité et la simultanéité de l'image qu'elle présente à l'esprit. L'intuition ne rassemble pas des éléments isolés, comme le fait la mémoire; elle les aperçoit tous en même temps et dans tout leur ensemble. Cela suppose l'existence d'un pareil ensemble, un et objectivement perceptible. Or, cette perceptibilité objective est précisément acquise, pour le droit, par le système. Dans le système, en effet, la matière a pris un état organisé, elle s'est groupée et réunie en corps plastiquement modelés. Chacun de ces corps comporte une somme de règles du droit : il ne les porte pas simplement en lui, elles ne recouvrent pas seulement son squelette, il en est l'incarnation, il est elles-mêmes, elles sont devenues sa chair et son sang. La masse a acquis en lui une expression individuelle et la possibilité d'une *impression d'ensemble.* Chacun de ces corps a pour nous sa physionomie et son individualité déterminées; celui qui les a longtemps étudiés les considère comme des êtres réels avec lesquels l'a familarisé une longue fréquentation (note 24) : — il les reconnaît toujours; quel que soit le lieu et l'enveloppe dans lesquels il les rencontre, il sait ce qu'ils peuvent et ne peuvent point, sans avoir besoin de réfléchir longuement et de rechercher d'abord leurs fondements.

Tout ce que nous considérons, avec raison, comme le criterium et l'avantage de la véritable pensée juridique : *la rapidité, la facilité, la sûreté* du jugement, le *coup d'œil* juridique, en un mot, a pour condition la possibilité objective et subjective de l'*intuition,* ou en d'autres termes, une *image* susceptible d'être perçue, c'est-à-dire un corps juridique d'abord et ensuite un coup d'œil exercé à le percevoir.

Remarquons *en deuxième lieu* que le système est la forme la plus *rapide,* la plus *concentrée,* la plus *commode* par conséquent de la matière. — Les explications passées en revue dans ce paragraphe et dans le précédent dispensent de tout commentaire à cet égard.

Un troisième point que nous avons à envisager, c'est que le système est la forme la plus *transparente* de la matière. Dans cette forme son contenu se révèle dans toute sa plénitude, tout ce qui est en elle se manifeste : les rapports des points les plus éloignés, les différences et les similitudes les plus délicates, les conditions tacites qui sont au fond des choses juridiques, et qui précisément à cause de leur caractère naturel et nécessaire se soustraient facilement à l'observation — en un mot, elle nous laisse pénétrer dans ses replis les plus intimes et les plus secrets. La méthode d'histoire naturelle, c'est la *question criminelle* appliquée au droit pour lui arracher des aveux. Ces catégories générales que nous avons indiquées plus haut : la naissance, l'extinction, les qualités, etc., du corps juridique sont en elles-mêmes, il est vrai, vides et de pure forme; combinées avec la matière elles déploient une merveilleuse puissance dialectique. Ce ne sont à vrai dire, que des *questions* que nous lui adressons, mais la question est le premier pas vers la connaissance ; elle est souvent la connaissance elle-même. La pratique aussi nous fournit chaque jour des questions et augmente ainsi indirectement nos connaissances; mais les questions de la pratique ne sont pas toujours les plus instructives. Une question dépourvue de tout intérêt pratique, mais qui saisit l'institution, pour ainsi dire corps à corps, dans sa racine, peut être infiniment plus

importante pour la connaissance exacte de cette institution, que les questions pratiques qui se renouvellent tous les jours. La solution d'*une* seule de ces questions peut donner la clef de toute une série de questions pratiques que l'on cherchait vainement à élucider d'une manière indirecte ([17]).

Les sciences naturelles réalisent les découvertes les plus fécondes pour la vie, en s'occupant de questions et de recherches qui ne promettaient guères une riche moisson pour la pratique. Plus elles *s'isolent* de la vie, mieux elles la *servent.* Il en est bien souvent de même pour la jurisprudence. Elle fait parfois ses plus belles découvertes dans des régions complétement étrangères à la pratique. Si les juristes romains ne nous avaient appris que cela, que la jurisprudence, pour être pratique, ne doit pas se borner seulement aux questions pratiques, la proclamation de cette seule doctrine devrait encore leur assurer notre éternelle reconnaissance.

2. *Le système est une source intarissable de matière nouvelle.* On ne peut qu'improprement parler de matière nouvelle, tant que la jurisprudence se borne à examiner en détail ce que le législateur a indirectement proclamé et édicté. Elle révèle, elle ne produit pas ([18]).

Mais à côté, il y a une production juridique, dans le sens le

---

([17]) La question de la conclusion d'un contrat avec un sourd, par exemple, présente un intérêt fort minime et cependant elle sert admirablement pour rechercher la nature de la conclusion du contrat. V. le texte de MERLIN dans REGELSBERGER, *Civilr. Erörterungen,* Livrais. 1. Weimar, 1868, p. 13. La perte des droits par le concours de deux causes lucratives est extrêmement rare dans la vie, et cependant G. HARTMANN l'a très heureusement prise pour point de départ dans son essai pour découvrir les racines de l'obligation romaine. V. son ouvrage sur l'obligation romaine. Erlangen, 1875.

([18]) On peut dire d'elle ce que dit GAIUS, dans la L. 7, § 7 de R. D. (**41-1**), à propos de l'action de battre le blé : *non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.*

plus strict du mot, une création d'une matière absolument neuve. L'homme le moins versé dans la connaissance des travaux des juristes romains la connaît : elle se trouve inscrite à chaque page des Pandectes de Justinien. Combien de doctrines a créées la jurisprudence romaine, sur lesquelles le droit positif était resté muet! Où est, par exemple, la disposition légale sur la divisibilité ou l'indivisibilité des servitudes, du droit d'hypothèque, etc.? Et cependant, cette doctrine de l'indivisibilité est une des plus ingénieuses qui existent. Pas un mot non plus au sujet de l'acquisition de la propriété par spécification ou par accession? Ces doctrines sont de pures productions juridiques, acquises uniquement par la voie de la *spéculation juridique.* La matière dont la jurisprudence pétrit la doctrine de la spécification et de l'accession n'était autre que la notion logique générale de l'*identité,* appliquée à la *transformation des choses.*

La vie pratique ne peut se passer de ce complément du droit positif au moyen de la jurisprudence, et celle-ci, en eût-elle même l'occasion, ne peut se soustraire à cette tâche.

Toute jurisprudence est productive ([49]), même à son insu, même lorsqu'elle se conteste à elle-même, en théorie, comme de nos jours, le droit de l'être. C'était un sentiment très exact qui portait un juriste du siècle précédent, le germaniste RUNDE, à établir comme source du droit la *nature des choses;* il n'y a pas d'expression qui rende plus justement la méthode d'histoire naturelle.

Je n'ai plus besoin de démontrer que la conception de l'histoire naturelle est la condition de cette production juridique. Cette conséquence, nécessaire au point de vue de la haute jurisprudence, ne saurait cependant être justifiée d'une manière absolue pour la jurisprudence inférieure. Mais après avoir admis l'idée des corps juridiques, après avoir appliqué celle de

([49]) Aussi les juristes romains postérieurs nomment-ils très exactement leurs prédécesseurs de la république : *Veteres, qui tunc jura* CONDIDERUNT.

leur existence et de leur vie individuelles aux dispositions du droit positif, il faut que nous restions fidèles à ces idées partout où la matière positive nous fait défaut. Il faut que d'une manière ou d'autre nous comblions cette lacune. Le matériel pour cela nous est fourni en partie par les divers corps eux-mêmes, par leur nature et leur dialectique interne, en partie par la théorie générale des corps juridiques.

Le système ouvre ainsi à la science un champ d'activité illimité, une mine inépuisable de recherches et de découvertes, et une source des jouissances intellectuelles les plus vives. Les limites étroites de la loi positive ne lui assignent nulles bornes, les questions pratiques immédiates ne lui tracent aucune voie à suivre.

Sûr de ne jamais se perdre, l'esprit a, comme dans la philosophie, la liberté de se déployer sans entraves. La nature pratique du monde dans lequel il se meut, le ramènera toujours à la réalité des choses. Mais en y revenant, il aura la satisfaction d'avoir fait plus que de contenter un besoin purement individuel de connaître : il rapportera, non le simple souvenir d'une haute jouissance intellectuelle, mais quelque chose de plus précieux pour le monde et pour l'humanité. Les idées qu'il aura trouvées ne resteront pas de pures idées, elles deviendront des puissances pratiques. — C'est là ce qui donne à toute notre philosophie et à nos constructions dans la dogmatique leur véritable valeur. Les juristes romains avaient bien raison de dire de leur science : — *veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes.* (L. 1, § 2. De J. et J. 1-1).

Arrivés à cette conception de la jurisprudence et du droit, il ne nous paraîtra pas étonnant que pendant plus de cinq cents ans cette science ait pu exercer à Rome la plus vive attraction et prendre le rang de la première de toutes les sciences. Elle ouvrait à l'esprit romain une arène pour une gymnastique dialectique. Elle nous explique en même temps pourquoi les

Romains n'avaient point de philosophie : elle donnait pleine satisfaction, et fournissait ample matière à tout leur penchant et tout leur talent philosophique. On nous comprendra maintenant, lorsqu'en entrant au cœur de cette étude, nous caractériserons d'avance la jurisprudence comme la *philosophie nationale des Romains.*

Chapitre II. — *La technique du droit ancien.*

Section 1. — *La jurisprudence.*

Les Pontifes. — Le droit tenu secret. — Le *jus civile* dans le sens étroit. — Le style des Pontifes. — Fin de la domination des Pontifes.

47. Après une longue digression nous revenons enfin sur le terrain de l'histoire. Mais dans l'intérêt du lecteur, plus encore que pour ma propre justification, j'ai une observation à faire, relative au rapport que existe entre le chapitre précédent et celui-ci. L'exposition de la théorie de la technique juridique est destinée à préparer l'intelligence non-seulement du droit ancien, mais encore du droit postérieur. Comme il fallait l'intercaler à une place quelconque, j'ai jugé celle-ci la meilleure, la question de la technique s'y présentant pour la première fois. J'ai même exposé la chose sans retrancher aucun détail, et sans demander à chaque instant si tout est bien directement applicable à l'ancien droit. Il me fallait traiter la théorie de la technique dans tout son ensemble, ou me résoudre à ne pas la traiter du tout. Or, pour présenter l'ensemble de cette théorie, il était indispensable d'en suivre le développement dans toute son étendue.

Le droit ancien, dont nous allons nous occuper maintenant, va rabattre bien de nos prévisions. La technique juridique, nous la rencontrerons toujours; car elle existe dans *tout* droit, même dans le moins parfait: la technique existe avant toute jurisprudence (p. 19). Mais rencontrerons-nous déjà une *jurisprudence?* C'est ce que nous ignorons, c'est ce que la recherche historique seule nous apprendra. Cette question doit être

résolue dès les premiers pas que l'on fait dans l'ancien droit, ne fut-ce que pour pouvoir parler de *juristes* de l'époque ancienne, mais je ne pose la question que d'une manière toute superficielle ; je demande uniquement : le droit ancien connaissait-il déjà la différence *extérieure* entre le juriste et l'homme du monde, y avait-il une classe d'hommes dont la profession consistait dans la connaissance et l'application du droit ? Faut-il leur refuser le nom de *juristes dans le sens propre* (50) ? Leur science et leur pouvoir méritent-ils le nom de juridiques ? Nous ne pourrons répondre qu'à la fin de ce chapitre, c'est-à-dire lorsque nous aurons vu quels sont leurs travaux.

S'il peut paraître étrange à quelqu'un d'établir une distinction entre le juriste et l'homme du monde, cette bizarrerie lui apparaîtra pour Rome, comme un des premiers faits de l'histoire du droit que la tradition nous ait transmis. On nous rapporte même que la différence entre juristes et hommes du monde était si tranchée, que grâces aux efforts des premiers pour parvenir à se rendre indispensables au peuple, le droit était devenu une science pleine de mystères (51). La critique historique a essayé de reléguer ce fait au rang des fables (52). Il eût été plus juste de se demander comment pareille fable aurait pu prendre naissance si elle n'eût renfermé une part de vérité. Il faut se garder ici de toute exagération. Certainement, il n'est guères croyable que le peuple fût absolument ignorant du droit : ce n'est pas là non plus le sens de ce qu'on rapporte. Ce qui est exact, c'est que la jurisprudence avait

(50) Comme PUCHTA Cours d'Instit., t. I, § 76. La science des juristes anciens, d'après lui, ne se distinguait que par la quantité, et non par la qualité, on ne pouvait leur donner le nom de juristes dans le sens propre.

(51) L. 2, § 35 de orig. jur. (1-2). TITE-LIVE, IX, 46. CICERON, pro Murena, c. 11. VAL. MAX., II, 5, § 2.

(52) PUCHTA Inst., t. I, § 77.

rendu le peuple étranger au droit : à côté du droit populaire, il s'était formé un droit des juristes. Ce fait est si peu étonnant qu'il est, au contraire, partout et toujours la conséquence inévitable de l'apparition et de l'action de la jurisprudence. Seulement la légende, comme toute légende en général, a fait une chose intentionnelle et voulue, de ce qui n'était qu'un résultat imprévu et nécessaire.

Cette légende nous renseigne sur une des évolutions les plus importantes dans l'histoire du droit romain, la transition de la conception naïve du droit à la réflexion, c'est-à-dire à la jurisprudence. C'est là un point intéressant et remarquable à un double titre. Il nous apprend d'abord l'époque à laquelle cette évolution s'est faite, c'est-à-dire immédiatement après la loi des XII tables. Il nous apprend ensuite, sinon expressément au moins d'une manière intelligible pour quiconque sait lire la légende, combien le déchirement qui suivit cette évolution fut profondément ressenti par le peuple, quelle impression ineffaçable elle laissa dans sa mémoire. Le déchirement fut rude en effet — nos renseignements nous éclairent parfaitement à cet égard — et il résulta surtout de la forme particulière que la jurisprudence avait revêtue pendant le premier siècle de son existence.

La connaissance des lois, l'art de l'interprétation et les actions de loi, nous dit POMPONIUS ([53]), étaient à l'époque qui suivit la loi des XII tables entre les mains des Pontifes : tous les ans un membre de leur collége était délégué pour administrer la justice (*qui praeesset privatis*). En recherchant précédemment (T. I, p. 293-301), comment une situation si particulière a pu prendre naissance, nous sommes arrivés à conclure à l'existence d'un tribunal ecclésiastique propre et d'une procédure particulière devant ce tribunal (*legis actio sacramento*). Nous pouvons dorénavant désigner cette juridiction, pour cette époque,

([53]) L. 2, § 6 de orig. jur., (1-2).

comme le siége de la justice et de la jurisprudence proprement dites. Il suffit de se rappeler que c'était une juridiction permanente et ecclésiastique pour comprendre tout ce qui nous est rapporté sur le caractère et l'état de la jurisprudence la plus ancienne. Lors même que les Pontifes eussent complètement échappé à cette tendance de toutes les castes sacerdotales de l'antiquité à conserver leur science secrète ([54]), une corporation telle que la leur devait nécessairement imprimer ce caractère ésotérique à la science du droit. Dans une association qui détenait le savoir et l'érudition, en quelque sorte comme un monopole constitutionnel, dont la situation exigeait non-seulement chez chacun de ses membres des lumières plus grandes, mais leur imposait encore l'obligation d'entretenir dans le peuple la foi dans ses lumières, qui se composait de membres patriciens élus à vie, et se recrutant eux-mêmes, les connaissances indispensables à la science du droit devaient de plus en plus se concentrer parmi les membres du collége. Certains auteurs, et notamment PUCHTA, ont considéré la chose comme une impossibilité : « en présence des usages populaires au milieu desquels » le droit vivait et se mouvait, des lois écrites exposées publiquement et enfin de la publicité la plus complète des tribunaux. » L'on a prétendu que les juristes et les hommes du monde de ce temps différaient non point par la diversité de leur *savoir*, mais par celle de leur *pouvoir*, et l'on s'est plu à ne reconnaître la supériorité des premiers que dans *l'application* du droit. Mais tout vient démentir cette assertion. Les lois étaient bien sous les yeux de chacun, mais c'étaient les Pontifes qui les interprétaient ([55]) : la publicité des audiences des tribu-

([54]) K. S. ZACHARIAE voyait là un trait de caractère de tout pouvoir sacerdotal : « Les autorités ecclésiastiques tiennent presque toujours secrètes pour le peuple les lois d'après lesquelles elles commandent. C'est ainsi que les papes ont défendu la lecture des Écritures. » *Vierzig Bücher vom Staate*, t. III, p. 22, 2[me] édit.

([55]) L. 2, § 6 de orig. jur., (**1-2**).

naux pouvait apprendre le cours de la procédure et le côté purement apparent des formulaires d'actions, mais la simple présence aux débats ne pouvait enseigner la théorie de l'application des formules, ni dévoiler le sens de celles-ci (56). Et, circonstance plus décisive encore, outre les usages populaires et les lois, il existait une troisième source du droit, le droit scientifique ou *jus civile* (57) dont le Pontife était complètement et seul maître.

La connaissance de la *pratique* antérieure, était une partie fondamentale de cette *discipline juridique pontificale*. Le terrain était favorable pour le développement d'une pratique constante. L'observation est à peine nécessaire : la pratique se transmettait au moyen de traditions écrites et orales, dont le dépôt ne sortait pas du cercle des membres du collége. Le peuple pouvait et devait facilement perdre le souvenir d'espèces et de décisions importantes : dans un collége ce souvenir se fixait, et se transmettait d'une génération à une autre (58). La *doctrine* proprement dite, c'est-à-dire la *théorie du droit ébauchée par les Pontifes eux-mêmes* formait la seconde partie essentielle de cette discipline pontificale. Le côté religieux du droit devait fatalement les amener à élaborer une théorie particulière, indépendante, du droit. La puissance législative du peuple

(56) Ciceron remarque en outre : ad Fratr., II, 15, § 3 que : *in tanta multitudine eorum qui una essent, nullum fuisse, qui vadimonium concipere posset.*

(57) V. l'énumération de Pomponius, (L. 2, § 5, 6 cit.) dans laquelle le *jus civile*, ou l'ancien droit des juristes, se rattache immédiatement aux XII tables.

(58) Ce qui démontre d'une manière éclatante combien la tradition juridique romaine était fixe et fidèle, c'est la notice de Pomponius dans la L. 2, § 38 de orig. jur. (1-2) sur le premier pontifex maximus plébéien, Tib. Coruncanius, où il dit que l'on ne connaissait pas d'écrits de lui, mais qu'il avait laissé une série de décisions (*responsa*) importantes. Les deux juristes étaient séparés par un intervalle de quatre siècles !

était nulle, les Pontifes seuls étaient compétents, dans tout ce qui regardait le côté religieux, — et nous avons vu, (T. I, p. 294 et s.) combien ce côté était étendu. Le *Fas* peut être considéré comme l'œuvre exclusive des Pontifes. Mais leur activité à organiser le droit, à le faire progresser, s'appliqua même au *Jus*. Ils étaient chargés de l'appliquer tout aussi bien que le *Fas*, et l'application du droit aide forcément à son progrès. Il leur eût été d'ailleurs impossible, dans une foule de rapports, lors même qu'ils eussent voulu restreindre au *Fas* l'application de leurs doctrines, d'établir entre le domaine du *Jus* et celui du *Fas*, une ligne de démarcation rigoureuse. Bien des choses étaient communes à tous les deux (par exemple la doctrine du temps); dans bien des cas la poursuite d'un but ou d'un point de vue du *Fas* exigeait la subordination du *Jus*, c'est-à-dire une organisation correspondante du côté profane de l'institution. (V. par exemple, ce que dit Gaius II, 55 du motif originaire de *l'usucapio pro herede*.) Enfin, il faut bien admettre, qu'une fois maîtres d'une certaine méthode, et de certaines vues générales, qui les guidaient dans l'organisation du *Fas*, les Pontifes ne les ont pas démenties dans l'application du *Jus*; il faut bien admettre aussi que ces règles n'ont pu être moins fécondes pour le *Jus* que pour le *Fas*. Mais abstraction faite de cette action du *Fas* sur le *Jus*, peut-on douter un seul instant qu'une jurisprudence aussi fortement organisée, aussi compacte, entourée d'une pareille auréole et douée d'une telle puissance n'ait exercé sur le droit l'influence non-seulement organisatrice de la forme, mais productive du fond, que l'expérience reconnaît à toute jurisprudence, dans des conditions même infiniment moins favorables? Le grand adversaire que nous combattons ici aurait difficilement pu soutenir l'opinion contraire, s'il n'avait pas, par pur préjugé ou parce qu'il confondait la forme avec la chose même, refusé *a priori* aux Pontifes le nom de juristes *dans le sens propre*. Pour peu qu'on écarte la comparaison avec la jurisprudence actuelle, une appréciation aussi dédaigneuse des Pontifes

ne se justifie en aucune façon. Ils étaient des juristes dans le vrai sens du mot : ils ont été si bien les dignes prédécesseurs des juristes romains postérieurs, que ceux-ci, à mon avis, ne sont redevables de leur grandeur qu'aux travaux de leurs devanciers. Ils avaient une méthode et même une méthode très-rigoureuse et très-logique ; ils possédaient des appréciations et des axiomes juridiques généraux, qu'ils convertissaient en règles de droit séparées : leur influence sur toute la formation du droit était, j'en ai la ferme conviction, si importante, que la jurisprudence romaine postérieure qui devait partager la sienne avec le Préteur et l'Empereur ne pouvait se flatter d'en exercer une pareille.

Mais j'anticipe sur une appréciation qui ne pourra être justifiée que lorsque nous aurons appris à connaître complètement la technique du droit ancien. Il ne s'agit en ce moment que de savoir si les Pontifes avaient déjà une discipline juridique propre, étrangère au peuple, une jurisprudence, et je crois pouvoir répondre affirmativement avec une pleine assurance.

Les renseignements directs sur l'action des Pontifes en matière de droit civil sont clairsemés. Ils se bornent en effet à nous présenter comme leur œuvre, les *legis actiones* (59). Il ne faut pas déprécier l'importance de ces actions de loi, qui contenaient non-seulement la *forme* du droit, mais en grande partie le *droit même*. Mais pour la question dont nous nous occupons, elles n'offrent que peu d'intérêt. L'étude de la religion ancienne et celle du *Fas* nous seront plus utiles. Là, les Pontifes étaient

(59) Des écrivains postérieurs font remonter les *legis actiones* jusqu'aux livres des Pontifes. V. Ciceron de orat. I, 43. (Leist, *Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme,* p. 15) et Valerius Probus de notis antiquis. Ce dernier auteur identifie complètement les *monumenta pontificum,* (§ 1) avec les *legis actiones,* (§ 4). V. sur ce point Th. Mommsen dans son édition de cet auteur, contenue dans les bulletins de la *Sächs. Gesellschaft der Wiss.;* classe d'histoire et de philologie, 1853, p. 131, (tiré à part à Leipzig chez Hirtel).

incontestablement autonomes; là, à coup sûr, tout émane d'eux. Or, si nous découvrons dans le droit civil les mêmes principes, la même méthode, en un mot le même style, un style artistique, savant, propre seulement à la technique, et complètement étranger à la période purement populaire, — nous serons autorisés à soutenir que tout ce qui, dans le sein du droit civil, est élaboré dans cette forme, émane des Pontifes. Pour prévenir toute objection je ferai remarquer que soutenir que ce style a existé dans le droit *avant* les Pontifes, que ceux-ci n'ont fait que l'adopter pour la religion et pour le *Fas*, serait aller à l'encontre de toutes les lois de l'histoire. Pareille assertion ne mérite pas une réfutation sérieuse. D'un autre côté, tout en admettant l'origine pontificale de ce style, on pourrait soutenir d'une manière plus plausible que son application au droit civil n'émane point des Pontifes, qu'il est l'œuvre des juristes postérieurs, ou, ce qui revient au même, que les juristes postérieurs ont continué longtemps les traditions de leurs prédécesseurs, et que par conséquent, il n'est pas exact de dire que tout ce qui est dans l'esprit de ces derniers leur appartient en propre. Mais ce qu'il s'agit de savoir, ce n'est pas s'ils ont fini l'édifice jusque dans ses moindres détails, s'ils y ont incrusté chaque pierre; — en ont-ils conçu le plan, fixé le style, jeté les fondations? voilà la question. Ce qui va suivre apportera la conviction dans l'esprit du lecteur.

Comparons tout d'abord, par rapport à *leur méthode*, le droit ancien avec la religion. — La méthode est exactement la même pour toutes les deux ; les éléments caractéristiques de la technique ancienne que le cours ultérieur de notre exposition nous présentera, se représentent tous dans la religion. D'abord le formalisme. C'est la même précision ([60]), la même exactitude

([60]) *Verba certa, solennia, legitima.* V. les textes à l'appui dans Brisson de voc. ac form. Lib. I, c. 181, 191 et ailleurs, par exemple, dans Festus sub v° *fanum* :.. *certa verba.* Cicero pro domo c. 47.. *solennibus verbis.*

scrupuleuse dans la rédaction des formules ([61]), la même rigueur dans l'administration que dans le droit ancien; la plus légère méprise dans la récitation de la formule engendrait une nullité comme dans la procédure des actions de loi ([62]). N'attachons cependant pas une trop grande importance à cette ressemblance; le peuple romain était lui-même profondément formaliste, et cette tendance se manifestait même dans des sphères où les Pontifes n'avaient d'action ni d'influence immédiates, par exemple, dans le droit public. Cependant même jusque dans une période avancée se maintient la foi au pouvoir mystique de certaines paroles et de certains mots ([63]).

Les circuits, et les actes apparents ([64]) fournissent un deuxième parallèle entre le droit et la religion. Ces actes formaient tout un ensemble de procédés, usités dans des cas où l'on ne pouvait obtenir le résultat désiré par la voie directe, sans se mettre en contradiction avec les principes existants. A la rigueur, on pourrait également contester la force probante de ce fait. Mais la contradiction devient impossible, à mon avis, quand il s'agit

([61]) Par exemple, la formule *sive deus sive dea es* et *seu quo alio nomine appellari volueris*. Brisson, *l. c.*, c. 89.

([62]) Ambrosch, *Die Religionsbücher der Römer*, p. 29, 30. De là la fixation préalable par le Pontif. Maxim. des formules à appliquer par les employés civils, (par exemple, dans le *votum* public, dans la *devotio, dedicatio*, etc.). (Brisson, c. 181, c. 192 et ailleurs), l'adjonction d'un *custos*. (Pline, hist. nat., XXVIII, 3).

([63]) Le passage classique sur ce point se trouve dans Pline, hist. nat. XXXVIII, 3-5.

([64]) Par exemple, la substitution aux victimes humaines de mannequins en jonc tressé. Hartung, *Röm. Religion*, t. 2, p. 103 s. Il était établi en principe, ainsi que le dit Servius ad Aen., II, 116, que dans les sacrifices l'apparence dominait la réalité : que lorsque l'on ne pouvait se procurer les animaux nécessaires, on pouvait les imiter avec de la cire ou du pain. Hartung, t. I, p. 160. Nous avons déjà traité ce point, t. I, p. 346.

de la méthode de décomposition dialectique. Celle-ci dans le droit, comme dans la religion, est poussée jusqu'à ses dernières conséquences. Nous verrons dans la technique, que c'est précisément cette méthode, la rigueur et la précision avec lesquelles elle a été poursuivie, qui constitue le caractère décisif du droit ancien. Or, ce trait caractéristique de la technique juridique se retrouve dans la religion à un degré tel qu'il est impossible de l'attribuer à l'action du peuple. Il ne trouve son pendant que dans la littérature scolastique et dans les écrits des talmudistes et des jésuites, donc aussi *d'écrivains juristes et théologiens.* La foi et le sentiment juridique naïf du peuple ne décomposent pas de cette manière. Les dieux romains, comme les idées romaines, sont en grande partie les produits de la science. Toute la théologie romaine n'est que le triomphe ou plutôt l'exagération de la force analytique; elle ne nous montre pas des individus en chair et en os, comme étaient les dieux grecs, elle n'offre qu'un système de distinctions abstraites. Tous les événements et tous les phénomènes de la nature, toutes les forces, toutes les qualités, toutes les vertus, tous les vices des hommes, leurs buts, leur travail, leurs fonctions les plus triviales mêmes sont analysés avec la plus extrême minutie; de chaque atome d'idée on a créé un dieu (65). Un Pontife qui découvrait une distinction subtile avait donné la vie à un nouveau dieu!

Irrationnel et illogique en matière de religion, pareil système, appliqué au droit, était parfaitement légitime. Si l'on peut, d'un côté, reprocher aux Pontifes leurs dieux abstraits, d'un autre côté on doit leur tenir compte des notions du droit.

Si de la méthode nous passons aux détails, nous nous trouvons de nouveau en présence d'abondantes révélations. Il se

(65) V. Ambrosch, *l. c.* Je lui ai aussi emprunté le renseignement qui suit dans le texte, sur la classification des dieux d'après la catégorie de *res* et *personae*.

présente d'abord ce fait intéressant que la religion comme le droit avaient pour point de départ une même distinction primordiale ([66]). La différence entre *res* et *persona*, devenue si importante pour la systématique du droit, et d'après laquelle le droit romain a été enseigné depuis l'époque de GAIUS pendant plus de dix siècles, était appliquée, à l'origine, à la classification des dieux — les *actiones in rem* et *in personam* trouvaient leur prototype chez les dieux, ceux-ci en termes de droit étaient *in rem* ou *in personam*, selon que le rapport, l'objet qu'on leur avait assigné, concernait une personne ou une chose.

Nous avons admis plus haut que les mêmes considérations et les mêmes tendances ont inspiré les Pontifes dans l'administration du droit ecclésiastique et du droit séculier. En voici quelques preuves. Un trait fondamental du droit civil ancien était la répugnance pour toute incertitude et toute indétermination, la tendance au *certum*. On peut comparer sur ce point la controverse des Pontifes rapportée par TITE-LIVE (XXXI, 9). D'après le droit antérieur les jeux publics n'étaient promis par vœu que pour des sommes déterminées, réellement affectées à cet objet (*pecunia certa*) ([67]). Lorsque, en l'an 552 de Rome, un consul, dans un ordre public, promit par vœu des jeux et un présent, sans autre indication, le Pontifex maximus déclara cette promesse nulle. *Negavit ex incerta pecunia vovere debere; quia ea pecunia non posset in bellum usui esse, seponique statim deberet* NEC CUM ALIA PECUNIA MISCERI, *quod nisi factum esset, votum rite solvi non posse.* Le collége se prononça pour une opinion plus

---

([66]) Ainsi se justifie, au moins en partie, la conjecture de HUGO, (Civil. Magaz., t. VI, p. 284), que la division en *res, personae* et *actiones* n'a pas été inventée, à l'origine, pour le droit, mais qu'elle y a seulement été transportée; les objections élevées à ce sujet par d'autres auteurs (notamment SAVIGNY, System., t. I, p. 396) tombent devant l'exposé qui précède.

([67]) *Toties ante ludi magni de pecunia certa voti erant, ii primi de incerta.*

large, qui trouva son application plus tard dans une foule de cas, en droit civil.

La méthode d'analyse (T. IV, § 59-65) était un autre trait caractéristique du droit ancien. Nul acte juridique ne peut comprendre deux rapports juridiques différents; nulle action ne peut contenir deux prétentions différentes. Un même temple ne peut non plus abriter deux dieux différents ([68]).

Bien des principes juridiques tirent leur origine du *votum*, et maintes théories, qui n'ont plus à nos yeux qu'un caractère civil, lui doivent certainement leur existence. Sans parler de la terminologie : *Voti reus*, *damnatus*, *vota solvere*, *reddere*, *vota rata*, *irrita*, *caduca*, *titulus*, etc., ni du principe déjà cité sur la *certa pecunia*, le vœu était un rapport du droit ecclésiastique, dans lequel dès cette époque se rencontraient des conditions ([69]), et qui devait nécessairement donner naissance à toute une théorie des conditions ([70]). L'écriture et la *nuncupatio*, appliquée aux *tabulae*, qui devint plus tard le testament, accompagnaient fort ordinairement le vœu.

L'idée de l'effet retroactif même apparaît déjà dans le droit ecclésiastique, de telle manière que l'on ne saurait nier sa haute antiquité ([71]). Comment ne pas se souvenir aussitôt de

---

([68]) Tite-Live, XXVII, 25 :.. *Cum aedem Honori et Virtuti vovisset, dedicatio ejus a pontificibus impediebatur, quod negabant unam cellam duobus recte dedicari, quia si de coelo tacta aut prodigii in ea aliquid factum esset, difficilis procuratio foret, quod utri Deo res divina fieret, sciri non posset; neque enim duobus nisi* CERTIS *Deis rite una hostia fieret.*

([69]) Il y avait des vœux conditionnels, et sans conditions. Comp. pour les premiers la foule d'exemples que Brisson, *l. c.*, c. 159-162 a rassemblés, par exemple, *si bellatum prospere esset, si rediero*, etc.

([70]) Comp. pour le droit profane, t. II, p. 164.

([71]) L. 28, § 4 de stip. serv. (45-3) :.. *heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur.* Tel est l'argument sur lequel est basée, dans ce texte, l'idée de l'effet retroactif de l'adition d'hérédité, en droit civil. Il ne peut être douteux que le droit ecclésiastique n'ait conçu et n'ait dû concevoir cette idée avant que le droit civil ne la reconnût.

l'*exheredatio nominatim facta* et *inter ceteros*, lorsqu'on entend que la même différence existait dans l'invocation des dieux, et que le mot *ceteri* y était même un terme technique ([72]) ? L'idée que le butin est la source normale de la propriété, (T. I, p. 111 s.) trouve dans le *capere* de la vestale son expression religieuse ([73]). Longtemps avant le droit civil, le droit religieux connut le *jus liberorum,* et adopta la notion de l'*excusatio* ([74]), on peut dire la même chose de la théorie de la caducité ([75]). Les *operae servorum* remontent même aux origines du droit ecclésiastique ([76]); et la *condictio* de la *legis actio* de ce nom, était une notion de la discipline augurale ([77]).

Toutes ces preuves nous autorisent à affirmer que les Pontifes possédaient une théorie et une méthode propres, c'est-à-dire une *jurisprudence.* Or, si partout la jurisprudence échappe à l'intelligence du grand nombre, on conçoit qu'à Rome, cultivée au sein d'une corporation qui en conservait le dépôt, elle ait dû apparaître comme une doctrine secrète et pleine de mystère.

([72]) Brisson, *l. c.*, c. 88. Tite-Live, VI, 16 :.. *Jupiter.. cetcrique dii deacque*, et le passage de Servius qui y est reproduit :.. *more Pontificum, per quos ritu veteri in omnibus sacris post speciales Deos, quos ad ipsum sacrum quod fiebat necesse erat invocari; generaliter omnia numina invocabantur.*

([73]) Gellius, I, 12 : *veluti bello capta.* Comp. Gaius, IV, 16.

([74]) Gellius, *l. c.* : *excusandam* (*filiam*, c'est-à-dire vis-à-vis du *capere* comme *virgo vest.*) *ejus, qui* LIBEROS TRES *haberet.*

([75]) Festus : Caduca auspicia, *cum aliquid in templo excidit velut virga e manu.*

([76]) Servius ad Aen., XI, 558. *In sacris legitur posse etiam operas consecrari ex servis, usque dum solvatur caput hominis.* Le même rapport est mentionné ici (et dans 159 ibid.) appliqué à la fille : *famulam voveo.*

([77]) Servius ibid., III, 117. Une analogie entre cette discipline et le droit c'est que les auspices (Gellius, III, 2, 10) et le testament, (L. 21 pr. Cod. de test. (6-23) devaient également être achevés en un seul et même jour.

Cet exclusivisme fut profondément ressenti par le peuple romain, mais il ne laissa point d'exercer une influence des plus salutaires sur le développement technique du droit. Échappant en quelque sorte à l'action des masses, le droit s'était fait solitaire pour pouvoir, sans trouble, achever de gagner ses degrés de perfectionnement. Il fut à une école sévère. On constate à chaque pas, dans le droit ancien, qu'il ne s'est pas développé avec l'exubérante liberté de notre droit allemand, mais qu'un maître rigoureux, presque pédant mais toujours logique, lui a imposé le frein ([78]). C'est cette sévérité qui a surtout donné aux fondements du droit romain leur solidité et leur fermeté, qui a mis dans toute sa construction la simplicité et la logique qui le caractérisent. Mais une corporation religieuse, comme le fut le collége des Pontifes, pouvait seule communiquer à une jurisprudence née dans son sein, une autorité et lui assurer une position exceptionnelles, pour lui permettre d'exercer un tel empire sur le droit.

L'histoire n'a fait qu'enregistrer la date de l'époque à laquelle l'administration de la justice, et la science du droit passèrent des mains des Pontifes dans celles des Préteurs, c'est-à-dire de juristes qui n'étaient plus organisés en corporations. D'après Pomponius la domination des Pontifes a commencé peu après la loi des XII tables (en 303) et a subsisté à peu près pendant un siècle. On pourrait croire que ce fut l'introduction de la Préture qui y mit fin (387). Mais une évolution aussi soudaine et aussi violente serait en contradiction avec tout le reste de l'histoire de Rome. A l'origine, la Préture n'avait d'autres attributions que de concourir à l'administration de la justice réservée

---

([78]) Pomponius paraît avoir eu la même idée lorsqu'il dit des *legis actiones* dans la L. 2, § 6 de orig. jur. (1-2) : *quas actiones ne populus* PROUT VELLET *institueret, certas solennesque voluerunt.*

jusqu'alors aux consuls. Au milieu du siècle suivant, TITE-LIVE, (IX, 46) rapportant l'histoire des formules de CN. FLAVIUS ([79]) parle du *jus civile,* comme *repositum in penetralibus pontificum.* Au commencement du VIe siècle, on rapporte même comme un fait remarquable que le premier Pontifex maximus sorti de la plèbe, TIB. CORUNCANIUS, a admis à son enseignement du droit, tous ceux qui désiraient se consacrer à cette science. Pendant un certain temps donc, le *jus civile* et le *jus pontificum* doivent avoir vécu côte à côte ([80]).

Le commencement de l'évolution peut donc être placé au milieu du Ve siècle. Voici au sujet de cette évolution quelles sont mes conjectures.

L'introduction de la Préture fut un premier acheminement vers un changement dans l'état des choses. Le Préteur ne fit que succéder tout d'abord aux consuls dans leurs fonctions relatives à l'administration de la justice. Le démembrement de cette partie du pouvoir consulaire, devenue une magistrature spéciale, dut naturellement accroître l'importance de celle-ci. Il en avait été de même, ainsi que nous l'avons vu précédemment pour la Censure. Mais l'extension du pouvoir du Préteur ne pouvait se faire qu'aux dépens de l'autorité des Pontifes. Ceux-ci donc ont dû finir par se voir enlever toute participation à l'administration de la justice; c'est-à-dire d'après mon hypothèse (T. I, p. 300 s.) que la *legis actio sacramento* a dû passer entre les mains des Préteurs. Cela me paraît hors de doute, car dans l'exposition de cette *legis actio* par GAIUS, il n'est question que du Préteur. Le résultat de ce changement d'attributions fut double : sécularisation de *sacramentum* d'abord (celui-ci revenait désormais à l'*aerarium* au lieu d'appartenir comme auparavant au fonds ecclésiastique) : ensuite dispense du dépôt

([79]) L. 2, § 6 de orig. jur. (1-2).

([80]) V. par exemple. TITE-LIVE, XXX, 1, (an. Urb. 549) :.. *juris pontificii peritissimus.*

réel de la somme, moyennant certaines sûretés remises entre les mains du Préteur. Mais il faut qu'il y ait eu une transition : à moins d'admettre que la loi du développement historique ne se soit exceptionnellement démentie, à Rome, en cette circonstance, il faut qu'une réforme aussi radicale ait été lentement préparée. De pareilles transitions se réalisaient habituellement à Rome en juxtaposant les pratiques anciennes et nouvelles. Les deux lois *Silia* et *Calpurnia*, qui d'après Gaius introduisirent la *legis actio per condictionem*, frayèrent la route à l'innovation dont nous parlons ([81]). Après comme avant, la *legis actio sacramento* resta aux Pontifes : mais personne ne s'adressait plus à eux dans les cas où la nouvelle forme de procédure devenait applicable. Elle offrait entre autres avantages décisifs, celui de permettre l'économie de l'avance des frais. Elle s'appliquait en outre à presque tous les cas de la compétence des Pontifes : directement dans les *actiones in personam*, tendant à la dation d'argent ou d'autres *res certae*; — et indirectement dans les *act. in rem*, grâce à la *sponsio praejudicialis*. La juridiction des Pontifes fut ainsi notablement réduite, sinon d'une manière directe, au moins par un moyen détourné : elle déclina peu à peu et finit par tomber dans l'oubli. C'est ainsi que sans qu'il fût commis aucun empiétement essentiel sur le droit des Pontifes, la *legis actio sacramento* tomba entièrement entre les mains des Préteurs et des Centumvirs.

Cette transformation de la procédure, que nous pouvons chronologiquement faire remonter à la première moitié du V[e] siècle, ainsi que nous l'avons dit, dut nécessairement influer sur le développement de la connaissance du droit et y introduire des changements. Voici mon sentiment à cet égard. Rompre ouvertement avec la théorie et la pratique antérieures, était

([81]) Ainsi disparaîtrait le doute exprimé par Gaius, IV, § 20 : *quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento (aut per judicis postulationem) agere, valde quaeritur.*

évidemment impossible. Cette théorie et cette pratique, il fallait bien commencer par les prendre chez les Pontifes qui en étaient les seuls dépositaires. Pour atteindre ce but, le moyen le plus simple et le plus efficace était d'entrer dans leur collége. Ce ne fut qu'à ce prix, je crois, que jusqu'à Coruncanius, on put devenir juriste. Le collége des pontifes était la faculté de droit où le futur juriste achevait ses cours : comme les *Inns* en Angleterre, c'était la corporation des juristes où il se faisait recevoir. Dans celles-là, à l'origine, les *filii nobilium* seuls avaient accès; il en était de même pour le collége des Pontifes qui ne recrutait que des *Patriciens*. Cet état de choses se perpétua jusqu'en l'an 452, trois ans après la publication des *legis actiones* par Flavius, alors que, probablement sous l'influence de cet événement, la création de quatre nouvelles places dans le collége des Pontifes, en permit l'entrée aux plébéiens [82]. La qualité de Pontife permettant d'aspirer à de plus hautes fonctions publiques [83], la carrière juridique pratique était ouverte devant chacun d'eux : c'est ainsi, par exemple, que l'un des quatre premiers Pontifes plébéiens fut élu Préteur.

L'entrée des plébéiens dans le collége, l'augmentation de ses membres, étaient déjà d'une importance énorme pour la propagation des connaissances juridiques : l'innovation introduite par Coruncanius, que nous avons signalée plus haut, effaça les dernières traces des entraves que l'organisation de la corporation avait apportées à leur diffusion. L'obstacle était franchi, la jurisprudence était devenue un art et une science libre.

---

(82) Tite-Live, X, c. 6-9.

(83) Ils pouvaient même briguer le consulat. Tite-Live, XXIII, 21 i. f.; quant au pontif. max. v. Tite-Live, epit. 59. On trouve un passage remarquable sur les Pontifes dans les Scholia Bobiensia in orat. pro Scauro (Orelli, II, p. 375) : *Certi pontifices in saliatu manebant et in ceteris quibusdam sacerdotiis.. ubi haec administrassent, fiebant consules.* L'auteur se représente donc le collége des Pontifes comme une pépinière, une institution préparant de bons serviteurs de l'Eglise et de l'Etat.

Bientôt après l'usage des réponses publiques entra en pleine vigueur ([84]).

Ce changement dut amener une révolution dans l'administration de la justice aussi bien que dans la jurisprudence. En effet, à un collége permanent, qui répugne toujours à se départir d'une pratique établie, succédaient des Préteurs élus pour un an seulement, qui substituèrent bientôt à la forme sèche de la procédure des actions de loi, la procédure formulaire aux allures infiniment plus élastiques et plus libres. D'autre part la liberté des opinions et des recherches personnelles, l'émulation des forces et des talents succèdaient à la doctrine immuable d'une corporation. Il se passa du temps encore, il est vrai, avant que cette révolution scientique fût entièrement accomplie. Ce serait une erreur de croire que les disciples des Pontifes aient renié la doctrine et la méthode de leurs maîtres; toute la jurisprudence de cette époque doit plutôt être désignée comme une école unique : *l'école des Pontifes.* Mais il n'en est pas moins vrai que ce changement introduit dans sa forme extérieure fut la première impulsion et la condition indispensable de sa transformation intérieure.

Il se produisit également un changement radical dans les rapports entre la jurisprudence et le peuple. Non point que la masse devint indépendante des juristes, ou que la connaissance du droit lui devint familière : les juristes restèrent aussi nécessaires que le furent les artisans après l'abolition des corps de métiers. La jurisprudence ne périt point : elle devint seulement d'un accès plus général. C'était la liberté de pouvoir devenir juriste par l'*étude,* liberté qui en somme ne fut d'aucun profit immédiat pour le peuple. Indirectement cependant elle lui fut favorable, en établissant des rapports plus libres, et par cela

([84]) L. 2, § 37 de orig. jur. (1-2). C'est par erreur que Pomponius a confondu Scipio Nasica, avec Coruncanius. ZIMMERN, *Rechtsgesch.,* t. I, § 14.

même plus intimes et plus étroits entre le peuple et la jurisprudence. En se dépouillant du caractère impératif que lui imprimait le monopole dont elle avait été l'objet, la jurisprudence ne perdit rien de son empire : seulement son autorité pesa moins lourdement. Science presque occulte jusqu'alors, privilége d'une caste particulière, elle ne fut plus désormais que le résultat naturel et le témoignage de la supériorité intellectuelle et de la nécessité de la science. Aucun pouvoir ne méritait moins d'être combattu, contesté, envié, aucun aussi ne rencontra moins de résistance et de jalousie : au contraire jamais puissance ne fut l'objet d'une subordination plus volontaire, d'une estime plus remplie de reconnaissance. La facilité de ces rapports s'accentua davantage encore, lorsque plus que jamais la jurisprudence put se consacrer, et qu'elle se voua en effet, au service du public. Cette mission de la jurisprudence mérite un examen spécial, car elle est d'une importance extrême pour l'intelligence entière du droit romain et de son développement.

Le nombre restreint des Pontifes, la nature même de leurs fonctions était un empêchement à ce qu'ils pussent satisfaire aussi complètement que leurs successeurs, à tous les besoins de la vie juridique dans la nation. C'étaient peut-être là les motifs du mystère dont ils s'environnaient et dont on leur faisait un reproche. L'inconvénient était grand, sans doute, mais il ne résultait pas cependant d'une faute qui leur fût imputable. Leurs successeurs ne furent pas en peine du remède. Devenue un art libre, la jurisprudence eut de nombreux disciples : les loisirs ne leur manquaient pas pour répondre à toutes les exigences de ceux qui avaient recours à leurs lumières. La jurisprudence devint et resta pendant des siècles l'occupation favorite des classes élevées — une noble passion [85], le dédom-

[85] V. les expressions de Q. Mucius dans la L. 2, § 43 de orig. jur. (1-2), *turpe esse patricio et nobili et causas oranti jus in quo versaretur ignorare.*

magement d'une carrière politique brisée ou dédaignée, une retraite honorable au bout d'une longue pratique des fonctions publiques. La satisfaction scientifique n'était pas le seul charme de cette étude. La distraction, le bonheur, l'intérêt, en un mot tout l'enchantement de cette gymnastique intellectuelle résidait dans le contentement de pouvoir se rendre utile, même sans exercer aucune fonction publique et de marquer sa trace dans la vie, enfin dans l'influence et la considération que d'aussi nobles études assuraient à celui qui s'y adonnait ([86]). Le sens pratique des Romains n'admettait pas que l'on pût s'absorber dans la science pour la science; celle qui les attirait, ne devait pas procurer une simple jouissance individuelle, elle devait pouvoir profiter à tous. Et là était le grand prestige exercé par la jurisprudence : tout en donnant complète satisfaction au besoin scientifique, elle comblait tous les vœux d'hommes que leur nature poussait vers une activité pratique qui avait toujours la généralité pour but. Elle mettait en œuvre toutes les forces actives qui ne trouvaient pas leur place, ou ne parvenaient pas à s'utiliser dans l'exercice des services publics.

La jurisprudence répondit ainsi à tout ce que la vie pouvait exiger d'elle. Mieux encore ; elle cherchait à donner plus qu'on ne lui demandait, et ses services dépassèrent même ceux qu'on semblait vouloir en attendre. Nous ne saurions trop insister sur cette participation pratique de la jurisprudence à la vie des affaires. Ciceron ([87]) reproche même aux juristes d'avoir organisé le droit de manière à se rendre partout indispensables. Laissons ce reproche pour ce qu'il vaut; et remarquons le fait qu'il constate : l'*omniprésence* des juristes. Mais

([86]) Ciceron de orat. I, 50, *senectutem a solitudine vindicari juris civilis scientia.*

([87]) Pro Murena, c. 11 : *notas composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent;* il fait allusion aux formules. L'exemple qu'il donne est emprunté, il est vrai, à la procédure, mais le reproche en lui-même est général.

il y a certaines restrictions à faire. N'envisageant que nos institutions modernes, nous devrions nous attendre à voir tout d'abord le juriste apparaître devant les tribunaux en qualité de fondé de pouvoirs. Il n'y paraissait pas au contraire, du moins plus tard; la partie elle-même, ou l'orateur occupait sa place ([88]). L'organisation de la procédure romaine, essentiellement différente de la nôtre donne la clef de cette anomalie apparente. Il y avait deux phases dans la procédure romaine : le *jus* et le *judicium*, l'instance devant le Préteur, et l'instance devant le juge, *judex.* Devant le premier, la prétention subissait l'épreuve juridique. L'examen portait sur le point de savoir, si en admettant la véracité des allégations du demandeur, elles pouvaient se soutenir en droit, si le défendeur ne pouvait invoquer des exceptions, et quelles étaient ces exceptions, etc. Alors intervenait une sorte de jugement *hypothétique* qui imposait au juge de condamner ou d'absoudre selon que les faits allégués par l'une ou l'autre des parties seraient vérifiés. L'attention du juge était spécialement dirigée sur la *preuve* à fournir. Le juge n'avait donc pas besoin d'être juriste, et ne l'était pas non plus, en règle générale : en second lieu, la théorie des *preuves* si importante dans notre jurisprudence moderne, l'était beaucoup moins à Rome, puisqu'elle était

([88]) Du moins en était-il ainsi à l'époque de Cicéron. En a-t-il été autrement auparavant, et depuis quand date la séparation entre les juristes et les orateurs ? C'est ce que l'on ne saurait préciser. Lorsqu'il est question du juriste, même à l'époque ancienne, on ne mentionne jamais que le *respondere,* jamais : *causas orare,* et il a reçu, en effet, le nom de jure consultus. En parlant de Tuberon la L. 2, § 46 de orig. jur. (1-2), s'exprime ainsi : *transiit a causis agendis ad jus civile.* Il en est de même pour Servius, § 43 ibid. Dès le VIe siècle, une loi, la *lex Cincia,* défendit de se faire payer ou de recevoir des cadeaux *pro causa oranda.* Alors déjà, paraît-il, c'était une source de profits; du reste, il n'en fut ni plus ni moins dans la suite, malgré la loi Cincia. Tacite, ann. XI, 5-7.

plutôt l'affaire de l'orateur que celle du juriste (89). Certainement, dans l'instruction devant le juge il ne s'agissait pas uniquement et exclusivement du *fait* mais aussi de son appréciation *juridique*. Seulement, en règle générale, cette appréciation ne réclamait que les connaissances juridiques ordinaires d'un homme du monde. Lorsqu'exceptionnellement la cause exigeait des connaissances plus étendues, s'il se présentait notamment des questions de droit, ou des controverses compliquées, le juge recourait aux lumière d'un juriste, ou le prenait pour assesseur *(consessor);* (90) ou bien encore la partie intéressée ou son représentant produisait un avis de jurisconsulte, ou se faisait assister à l'audience par un jurisconsulte (91). C'est dans ces limites que le *juriste* intervenait dans les débats devant le juge. En dehors de ces cas, le patron, c'est-à-dire l'orateur, restait seul maître du débat. Lorsque le juge était lui-même étranger au droit, on comprend que le fondé de pouvoirs n'avait guères besoin non plus de posséder des connaissances juridiques bien étendues. Sans éducation juridique proprement dite en règle générale (92), ses fonctions devaient

(89) Des rhéteurs et des professeurs d'éloquence, comme Ciceron et Quintilien, en traitèrent scientifiquement, tandis qu'il ne nous est parvenu aucun ouvrage d'un juriste sur cette matière. Sur la manière dont le jurisconsulte se comportait vis-à-vis de la question de preuve même dans une espèce concrète, v. le renseignement de Boethius ad Cic. Top. X, 11, § 50. (Orelli, I, p. 346). *Juris peritus de facti qualitate non etiam de ipsius facti veritate respondet. Idcirco quoties ad Gallum peritum juris facti quaestio deferebatur : « Nihil ad nos » inquiebat et ad Ciceronem potius consulentes i. e. ad rhetorem remittebat.*

(90) Ciceron de finib., II, 19 : *judex dicere* consessori *solebat.*

(91) Ciceron, Top. 17 : *nam et adsunt multum et adhibentur in consilio et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant.* L. 2, § 47 de orig. jur. (1-2).. *judicibus scribebant aut testabantur qui illos consulebant.*

(92) Ciceron en fait l'aveu pour lui-même, bien qu'il eût suivi un cours

cependant le familiariser avec le droit plus que tout autre homme : il devait occuper une position intermédiaire entre les hommes du monde et les juristes, semblable à celle du personnel subalterne de nos tribunaux actuels. Ce n'était pas le savoir, ni l'étude que l'on attendait de lui : il lui fallait briller par le talent et l'art de l'avocat, par l'aisance et l'éclat de la parole, par une diction chaleureuse, une dialectique serrée, une attitude hardie, courageuse, même dans une mauvaise cause, par ces qualités enfin qui, ainsi que le remarque CICERON ([93]), n'étaient pas, même à Rome, l'apanage de tout le monde. Les Romains estimaient l'orateur moins que le juriste, et c'est en quoi se trahit leur grande finesse de tact. En blâmant la chose, CICERON ne fait que constater le fait. Étranger aux luttes, aux passions des parties, le juriste pouvait pleinement rendre hommage à la vérité : ses bons offices étaient gratuits. Au contraire c'était le plus souvent l'appât du salaire qui déliait la langue de l'orateur ([94]) : forcé de suivre sa partie, il devait parfois heurter la vérité, mettre sa parole au service du mensonge, défigurer et embrouiller l'affaire, produire des arguments dont il reconnaissait lui-même l'erreur; il devait en un mot recourir parfois à des moyens qu'un sentiment d'honneur et de loyauté devait réprouver ([95])

---

de jurisprudence chez QUINTUS MUCIUS : pro Murena 13, et de orat. I, 58. On peut lire dans CICERON de orat., I, 56 sq. jusqu'où pouvait aller l'ignorance des orateurs en fait de droit : *quod vero* IMPUDENTIAM *admiratus es eorum patronorum*, etc. SERVIUS *(cum in causis orandis primum locum obtineret..)* était si ignorant, qu'un jour il ne parvint même pas à comprendre de suite un *responsum* de QUINTUS MUCIUS. L. 2, § 43 de orig. jur. (1-2).

([93]) Pro Murena c. 13. *Sic nonnullos videmus qui oratores evadere non potuerunt, eos ad juris studium devenire.*

([94]) TACITE Ann., XI, 7 : *eloquentiam gratuito non contingere.*

([95]) Une anecdote racontée par CICERON donne un exemple frappant de cette différence entre le juriste et l'orateur. de orat., I, 56. Le *responsum*

Quoi qu'il en soit de cette division du travail entre le juriste proprement dit et l'orateur, l'étendue de l'activité professionnelle des premiers justifie largement l'expression que nous avons employée en parlant de l'*omniprésence* du juriste. Sa participation active à la vie juridique, ne se restreignait aucunement aux choses purement juridiques, à la rédaction de consultations en matière de droit (*respondere*), de contrats, de testaments, etc., (*cavere, scribere*) (96), elle s'étendait à des mesures de nature purement économiques, et même à des questions de la vie de

---

que le juriste avait donné était *verum magis, quam ad rem suam (consulentis) accommodatum*. Que fit l'orateur? *alludens varie et copiose multas similitudines afferre multaque pro aequitate contra jus dicere*, etc. En un mot, il accommoda sa conviction aux besoins de la cause et aux désirs de son client.

(96) Se basant sur la distinction faite par CICERON pro Murena c. 9, entre la *militia urbana respondendi, scribendi, cavendi*, on a voulu diviser toute l'activité pratique des juristes en trois branches séparées : *respondere, scribere, cavere*. BACH., Hist. Jurisp., II, 2, § 8-11, se donne toutes les peines imaginables pour définir ces branches et les séparer l'une de l'autre. Mais je crois que l'on a fait trop d'honneur, en cette matière, à CICERON. Je ne puis, quant à moi, voir dans sa prétendue classification qu'une énumération superficielle, et dépourvue de toute valeur scientifique, d'actes juridiques isolés; lui-même était loin de vouloir aller au delà : sinon il n'eût pu dans son ouvrage de oratore I, 48 omettre entièrement le *scribere*, et le remplacer par *agere*, ce qui porte PUCHTA, Instit., I, § 76 à parler d'une quatrième branche d'activité. PUCHTA aurait pu en trouver encore une cinquième dans le passage : de republ., V, 3.. *responsitando et* LECTITANDO *et scriptitando!* L'essai de BACH aurait dû, me semble-t-il, mettre tout le monde en garde contre la valeur de cette division. Le *scribere*, en effet, est-il donc différent du *cavere* et même du *respondere?* Celui qui donnait une consultation écrite, s'occupait à la fois de *scribere* et de *respondere* (L. 2, § 47 de orig. jur. 1-2), celui qui rédigeait un contrat, s'occupait en même temps de *cavere* et de *scribere*, etc. Il n'y a donc pas à s'occuper de cette division : tout au moins ne faut-il pas y attacher autant d'importance qu'on le fait.

famille, par exemple, au mariage des filles [97]. Le juriste était l'homme de confiance de la famille, sans le conseil duquel rien ne se concluait; dans bien des cas il a dû être le négociateur et l'intermédiaire : en un mot, il avait à peu près la position qu'occupe parfois de nos jours le confesseur. Ses bons offices *prévenaient* le dommage : ceux du juriste moderne, cherchent plutôt à le *réparer* [98].

A la vérité, ce n'était pas un simple besoin d'activité, ce n'était pas un dévouement désintéressé qui encourageaient le juriste dans ces travaux. Il attendait lui aussi sa récompense. Et certes elle ne lui manquait pas. D'argent point : les consultants se présentaient les mains vides. Mais ils payaient en une monnaie autrement précieuse pour un romain d'une position indépendante : ils apportaient l'honneur, l'estime, la considération, la popularité et l'influence [99]. Le nombre des consultants grandissait la renommée du juriste : les consultations faisaient le *jure* CONSULTUS. Celui dont la maison ne désemplissait pas de gens en quête d'avis, dont ils heurtaient le seuil dès le chant du coq, comme dit HORACE [100], et qu'ils relançaient jusque sur son lit de douleur [101], donnant au gardien de sa porte le perpétuel souci de les éloigner [102], celui-là occupait une position

(97) CICERON de orat. III, 33. La position du légiste ou de l'ecclésiastique musulman est exactement la même. VON TORNAUW, Moslemit. Recht p. 56.

(98) CICERON pro Murena c. 13, caractérise cette différence par les mots *salubritas* appliqué au juriste et *salus* à l'orateur.

(99) CICERON de orat., III, 33, mentionne l'*ex privatorum negotiis collecta gratia*. L'anecdote rapportée par VAL. MAX., IX, 3, 2, montre combien le juriste comptait sur la reconnaissance.

(100) HOR., Sat., I, 10.

(101) CIC. de orat., I, 45... *in ejus infirmissima valet.udine affectaque jam aetate*.

(102) SENECA de ira, III, c. 37 : *iratum ostiario causidici alicujus, quod intrantem submoverat*. L'orateur n'était du reste pas moins pourchassé.

aussi respectée, aussi éminente, que les plus hauts dignitaires de la république. Sa maison était ouverte au public, chacun y entrait, en sortait à son gré : tous y avaient libre accès. Il était, dit Ciceron ([103]), l'oracle de la cité. Son office faisait essentiellement partie de la physionomie de Rome. Ce fut en tenant compte de cette idée que le Sénat gratifia, un jour, un jurisconsulte connu, d'une maison favorablement située, pour épargner la distance à la foule qui affluait chez lui ([104]). Celui qui ne pouvait attendre une pareille affluence dans sa maison, comme la plupart des commençants, ou qui voulait se rendre plus accessible au peuple, faisait de la pratique ambulante : il transportait son bureau à la bourse du droit, en plein forum, au milieu du tumulte des affaires et de l'agitation des audiences, afin d'être toujours à portée, prêt à offrir ses conseils et son intervention, dans les cas les plus urgents ([105]).

En décrivant cette organisation, je n'ai eu d'autre but que de faciliter l'intelligence du droit romain dont elle est le complément indispensable. C'est à cette organisation que le droit romain doit de ne pas être autre; sans elle, bien des choses auraient eu un aspect tout différent. Il en est ainsi tout d'abord du formalisme, poursuivi par la jurisprudence romaine avec une volonté de fer (§ 52). Maintes conséquences de ce formalisme ([106]), doivent révolter, je crois, un esprit impartial : il faut être un *romaniste* incarné pour ne pas en être froissé, ou

V. les plaintes de Ciceron ad Att., II, 4. Sa maison est semblable à une salle d'audience, elle est toujours pleine de monde. *(Basilicam habeo frequentia Formianorum)*; à peine s'il avait du repos à 10 h. du soir *(post horam IV molesti ceteri non sunt ;* il est impossible d'entendre ce passage de la matinée).

([103]) De orat., I, 45 *oraculum totius civitatis.*

([104]) L. 2, § 37 de orig. jur. (1-2).

([105]) Cic. de orat., III, 33.

([106]) J'en ai fait un recueil dans un autre écrit. V. Jahrbücher.. T. I, p. 31 s.

pour en préconiser l'application même pour le droit actuel. Que l'on songe que la validité de tout un testament, que la perte d'un procès dépendaient d'un *seul* mot employé à la place d'un autre (par exemple *heres ne esto* aulieu de *exheres esto*), qu'un seul *et* ajouté ou omis pouvait, en vertu des principes du droit d'accroissement, coûter un million à l'héritier ou au légataire! Si conforme au génie romain que pût être la rigueur dans l'emploi des mots, seule cependant cette organisation peut expliquer la pratique de pareilles subtilités, seule elle fait comprendre que le peuple n'en fit pas table rase. Le *juriste* qui rédigeait les testaments et autres documents en atténuait le caractère dangereux; on avait beau, à l'occasion, torturer le mot, il n'en résultait jamais autre chose que la volonté de la partie, l'intention qu'elle avait chargé le jurisconsulte de formuler conformément aux règles de son art; on ne pouvait tirer des mots que ce qui y avait été déposé. Les lois inflexibles que la jurisprudence imposa au commerce juridique, ne peuvent se justifier, à mon avis, que parce que les juristes lui en enlevèrent l'application : ce ne fut que grâces à cette foule de guides experts et bienveillants ([107]) qu'on parvint à suivre sans danger les voies étroites et bordées de précipices que l'ancienne jurisprudence avait tracées dans le droit. *L'omniprésence du juriste était le postulat tacite du droit ancien.* Le juriste accompagnait même l'armée ([108]). Le juriste protégeait contre le juriste : la complaisance du praticien était le contrepoids indispensable aux exigences rigoureuses du théoricien. Sans ce contrepoids, je doute que la théorie se fût développée au degré qu'elle parvint à atteindre. Telle fut la source des avantages exceptionnels que l'on reconnut plus tard, sous le rapport du droit, aux soldats.

([107]) *Copia jurisconsulti.* Il arrivait rarement qu'il n'y en eût pas : *raro accipiendum est.* L. 9, § 4, de jur. ign. (**22**-6).

([108]) Cic. ad fam. VII, 13 (à Trebatius qui avait suivi au camp le chef de l'armée) : *quod te imperator consulit.*

Ce ne fut ni une faveur ni un privilége : c'était une nécessité, vu la situation particulière de cette classe de citoyens. En effet, sans parler de l'ignorance des affaires, qui lui est propre, le soldat n'avait pas l'aide toujours prête du juriste. Le juriste du camp était au service du commandant et d'autres personnes considérables, mais il n'avait rien à voir avec la masse des soldats.

L'omniprésence du juriste était donc en premier lieu une *aide* indispensable pour le commerce juridique. De plus elle avait sur lui une *influence* salutaire. L'intimité du rapport entre la jurisprudence et le commerce juridique les servait tous les deux : la jurisprudence tâtait le pouls au commerce juridique, prévenait ses besoins, suppléait à ses défaillances; elle-même en profitait en ce que sans rien refuser, au fond, aux exigences du commerce juridique, elle était mise à même de leur donner la forme la plus en rapport avec son point de vue. Les juristes créaient une rédaction, donnaient une forme aux rudiments d'actes nouveaux qui naissaient des besoins de la vie, notamment en matière de conventions (par exemple, le *pactum de vendendo* ajouté au *pignus.*) Rédigeant les instruments des conventions, les juristes étaient maîtres de leur donner la forme la plus appropriée à leur caractère. Ils avaient soin de ne commencer la construction juridique, que lorsque le développement de l'institution était achevé, et lorsque celle-ci existait comme une œuvre terminée et immuable; ils la poussaient dans la voie juridique, ils essayaient de lui donner sa forme exacte; en un mot, ils disciplinaient juridiquement les relations. Comment cette éducation juridique, à laquelle le droit romain est redevable de tant de progrès, aurait-elle été possible sans l'omniprésence de l'éducateur ?

Mais, je le répète, comment cette omniprésence du juriste elle-même aurait elle été possible, si à Rome, comme chez nous, l'art juridique avait été un gagne-pain ? Si paradoxale que paraisse la chose, c'est un des traits les plus essentiels pour la caractéristique de la jurisprudence romaine qu'elle ne se faisait pas payer.

Cette seule et unique circonstance, toute extérieure en apparence, contient la moitié de la jurisprudence romaine. Quelque nécessaires qu'ils soient dans les circonstances de la vie actuelle, les honoraires sont le mauvais génie du juriste. Formant obstacle à toute influence favorable, exerçant l'action la plus délétère, ils sont la malédiction de notre vie juridique. Un besoin nouveau appelle le juriste sur un des points de la vie, — l'argent lui barre le chemin; il s'agit de la conclusion d'actes juridiques, — il est aux prises avec la nécessité et l'argent le fourvoie dans de faux sentiers, où son art ne sert plus qu'à allumer et à entretenir la discorde, qu'à donner au mensonge et à la chicane des moyens de résister, qu'à préparer le triomphe de l'injustice. Les honoraires sont la source de procès frivoles et sans fin; ils créent des juristes sans goût et sans amour pour leur art, sans talent et sans intelligence pour leurs études. Ils justifient la défiance que le peuple, à tort ou à raison, professe à l'égard du juriste. L'argent salit notre état et rabaisse notre profession.

La jurisprudence romaine ne connut pas ces souillures. Celui qui la cultivait l'aimait pour elle-même, et ne lui demandait pas d'argent. On ne voyait dans la profession que la mission qu'elle conférait : les faux disciples, les incapables, les hommes au cœur desséché se gardaient bien de l'embrasser. Aussi ne rencontrait-elle dans le peuple ni antipathie, ni défiance, ni résistance; le peuple voyait cette main tendue, secourable, qui ne se recourbait pas pour palper des écus, et il la prenait avec reconnaissance. C'est ce qui contribua à affermir l'omniprésence du juriste. Là où le conseil et l'assistance juridique sont, comme chez nous, articles de commerce qui ne s'obtiennent qu'à prix d'argent, on économise sur leur emploi, et le juriste n'est souvent appelé, comme le médecin, que lorsqu'il est trop tard. Il en était autrement à Rome : là cet article n'était pas une marchandise commerciale, elle était *res communis :* on se la procurait, gratuite, partout, comme l'air et l'eau. On pouvait en faire l'usage le plus prodigue, et l'on ne s'en faisait faute. Mais encore une fois c'était là ce qui expliquait toute la puis-

sance et toute la force de l'ancienne jurisprudence sur la vie, sa surveillance, son pouvoir d'éducation, son influence organisatrice, l'habitude du commerce juridique et l'observation du langage juridique rigoureux; c'était là ce qui faisait tolérer les formes gênantes et étroites des actes juridiques et le rigorisme d'une logique impitoyable, ce qui garantissait à cette jurisprudence la liberté de son mouvement scientifique propre, ce qui consacrait l'applicabilité de l'ancienne théorie, et lui assurait son existence même.

Mais à Rome aussi cet âge d'or s'évanouit. Lorsqu'ULPIEN (109) écrivait ces belles paroles dont on pourrait faire la devise de la jurisprudence ancienne : *civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda,* elles n'étaient déjà plus vraies ni pour les professeurs du droit, auquel ULPIEN les adressait, ni pour la plus grande partie des juristes pratiques, pour les avocats. Les seuls qui s'y conformassent encore, étaient ces quelques juristes nominativement pourvus par l'Etat du *jus respondendi,* dont la mémoire est encore honorée par les âges reculés. Ce *jus respondendi,* du moins tel qu'il fut organisé plus tard, devait être gratuit : entre les mains de celui qui aurait voulu faire du *respondere* une source de bénéfices, son exercice eût été complètement impossible.

(109) L. 1, § 5 de extr. cogn. (50-13).

SECTION 2. — *Prédilection du droit romain pour l'élément extérieur.*

(Élément sensible du droit ancien.)

A. *Le matérialisme.*

L'élément sensible dans le droit. — Le matérialisme des diverses notions et institutions. — *Furtum, damnum injuria datum,* erreur, possession et usucapion. — Prépondérance économique et juridique de la *chose;* la chose est l'axe du commerce juridique ancien et le point de départ de toutes les dispositions du droit sur les biens matériels.

Leges tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt. CIC. de off. III, 17.

48. Le paragraphe précédent nous a appris à connaître l'architecte, celui-ci nous montrera son œuvre. Toutes les parties de cette œuvre, il est vrai, ne lui appartiennent pas, et tout ce qui émane de lui n'est pas le résultat d'un travail proprement dit. L'instinct juridique, l'heureuse organisation du sentiment juridique romain, la force organisatrice du commerce juridique, etc., sont des facteurs qui y avaient une part égale, mais on chercherait vainement à distinguer quel fut le travail de chacun d'eux. La vie d'un côté, et le peuple, la jurisprudence d'un autre côté, exerçaient l'un sur l'autre une action réciproque. La configuration technique de l'ancien droit était moins l'œuvre de la jurisprudence, qu'elle n'était une création de l'esprit juridique du peuple romain ancien. Mais cet esprit se reflétait en elle : elle en était la principale dépositaire, la véritable personnification. L'exposition qui va suivre, n'aura donc pas seulement pour objet la méthode de l'ancienne jurispru-

dence, sa manière de penser et d'opérer comparée à celle du peuple, elle présentera la lutte de l'esprit romain avec la matière juridique, la *pensée juridique de la nation* devenue objective dans le droit lui-même.

Le premier phénomène dont nous nous occuperons n'est rien moins qu'un produit de la jurisprudence. Mais, chose bien plus importante, il nous renseigne sur la conception juridique de l'époque ancienne, nous la signale dans toute sa portée, c'est-à-dire nous donne le niveau intellectuel de l'époque, régulateur suprême de la jurisprudence. Plus loin, nous pénétrerons plus avant dans le laboratoire proprement dit de la jurisprudence. Mais là aussi nous verrons clairement comment ce qui est juridique côtoie de près ce qui ne l'est point, car nous retrouverons constamment dans notre étude la tendance de l'époque ancienne vers l'extériorité, sa prédilection pour l'élément *sensible* du droit, qui est l'objet du présent paragraphe.

La sensibilité est le premier degré de la spiritualité. Toute pensée originaire des individus et des peuples est sensible. L'esprit ne s'affranchit de l'influence du monde extérieur, qu'après y être resté soumis pendant un certain temps. C'est un temps d'épreuve nécessaire avant qu'il puisse s'élever jusqu'à la pensée abstraite. C'est là une loi de la nature qui se manifeste dans toutes les sphères de la pensée et du savoir humains : elle doit donc aussi régir le droit.

Mais l'essence même du droit, qui tend précisément à s'élever au-dessus du concret, à se dégager du phénomène extérieur, qui consiste à abstraire, n'est-elle pas incompatible avec pareille règle ? Car enfin toute notion, toute règle de droit contient une abstraction, une généralité qui ne se préoccupe plus du cas particulier ? Certainement; mais il n'en est pas moins vrai non plus que l'élément sensible y tient une large place. Il en est ainsi d'abord et avant tout des formes sous lesquelles le droit conquiert son application et sa réalité concrète dans la vie comme devant la justice. Dans la religion cela s'appelle le culte; le besoin de la manifestation extérieure et sensible s'y

traduit par l'ensemble des cérémonies. Cette même tendance, dans le droit, conduit au *formalisme.* Celui-ci n'est donc pas contraire à l'essence du droit; au contraire, il en favorise l'éclosion et la réalisation. Nous étudierons le formalisme dans les §§ 50 et s.

Il en est autrement, il est vrai, quant au côté *interne* du droit, correspondant en matière de religion au dogme. Ici en effet, il s'agit d'une chose interne et générale, peu importe que nous l'appelions règle ou notion du droit. L'idée juridique doit se reconnaître et se puiser dans les rapports de la vie : elle doit revêtir une expression générale, elle ne peut contenir que le noyau juridique, pur et abstrait, abstraction faite de toute perception concrète déterminée, de toute différence extérieure des personnes, objets, rapports, situations, circonstances. S'en tenir à la conception sensible, serait ici abandonner la solution du problème. En effet, bien plus que la religion, le droit, grâce à son essence propre, résiste ici à la conception sensible. Les idées et les abstractions religieuses prennent volontiers une forme concrète; l'abstraction de la force, premier sentiment dans lequel se traduit pour les hommes l'idée de la divinité, se représente par un Dieu. Mais quelle serait la forme *concrète* des abstractions juridiques? Les notions et les règles du droit sont immuables et immatérielles. Leur expression concrète ou même poétique n'est qu'une affaire de forme qui ne change rien à leur essence intime. Aussi n'y a-t-il aucune exagération, à mon avis, à proclamer le droit comme le premier domaine où l'esprit humain a nécessairement dû s'élever jusqu'à l'abstraction. *La première loi,* quel que fût son objet, *fut le premier essor de l'esprit vers la généralité consciente de la pensée,* la première occasion, le premier essai de s'élever au-dessus de la forme de la représentation sensible.

Mais quelle que soit pour le droit la nécessité d'abstraire toujours, le rôle de l'élément sensible n'en reste pas moins important. L'apparence extérieure est un intermédiaire nécessaire; c'est un prisme qui s'impose à l'esprit juridique, et au travers

duquel il doit considérer les matériaux auxquels il emprunte ses abstractions. Les règles du droit qu'il met au jour ont nécessairement une forme substantielle qui ne retient des rapports de la vie auxquels elles s'appliquent que les parties grossières, solides, tombant extérieurement sous les sens, tandis que les éléments les plus délicats lui échappent. Le *matérialisme* (c'est ainsi que nous appelons ce phénomène) nous représente donc jusqu'à un certain point la lutte de l'abstraction avec la perception sensible.

Entre le matérialisme et le formalisme j'intercale encore un autre phénomène (§ 49) qui tombe également sous le point de vue commun de la prédilection pour l'extériorité, c'est *l'importance du mot* ou *l'interprétation littérale* de la jurisprudence ancienne.

Le matérialisme.

Les lois et les idées d'une époque barbare rappellent les hommes qui en sont les contemporains, êtres incultes, grossiers, n'ayant d'yeux que pour ce qu'ils peuvent saisir avec la main. Ciceron (de off. III. 17) définissant la différence des lois et de la philosophie appliquées au même problème : *leges tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia,* a par ces premiers mots caractérisé complètement le droit civil ancien de Rome. Tangibles, extérieures, sensibles, visibles : telles sont toutes les notions du droit ancien. Partout la forme extérieure prédomine sur l'idée ; les résultats extérieurs, les objets visibles du droit sont seuls pris en considération.

Prenons, par exemple, les *délits privés* du droit ancien, et le *vol* d'abord. La circonstance purement extérieure que le voleur est pris sur le fait, ou ne l'est pas *(furtum manifestum* et *nec manifestum)*, circonstance qui dépend entièrement du hasard, et reste sans influence aucune pour l'appréciation de l'intention punissable, contient une distinction essentielle quant à la répression de ce délit. Le *fur manifestus* est assigné comme

esclave au volé : le *fur nec manifestus* se rachète au moyen du payement du *duplum*. Dans l'un et l'autre cas, c'est du volé, de celui qui a été atteint *extérieurement* par le vol, que dépend l'accomplissement de la peine. L'État aussi est lésé ; car le vol trouble l'ordre juridique dont l'État a la garde : mais cette considération est trop élevée pour la conception matérielle de l'époque ancienne, ce trouble ne se *voit* pas. On peut admettre que la *contrectatio*, l'appréhension frauduleuse extérieure de la chose était indispensable, dans l'esprit du droit ancien, pour constituer le vol. La conception plus idéale de ce délit, qui fait complètement abstraction de cet élément, et que GELLIUS ([110]) présente avec raison comme très digne d'attention, ne fut le produit que d'une époque postérieure.

Dans les *injures*, la distinction entre les injures verbales et les injures par faits joue naturellement un grand rôle. Tandis que les premières, à l'exception du cas d'invectives publiques et de libelle diffamatoire (si tel est bien le sens exact des mots *occentare* et *carmen condere* de la loi des XII tables), n'entraînent pour peine que le minimum de 25 as, la circonstance de la publicité du dommage exerce une grande influence quant à la peine, dans les injures par faits. Le *membrum ruptum*, lorsque les parties ne tombent point d'accord sur la composition, conduit à l'application du talion ; l'*os fractum vel collisum* est payé, s'il s'agit d'hommes libres, par 300 as, un soufflet par 25 as ([111]).

([110]) Noct. Att., XI, 18, § 23 : *meminisse debemus, furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente et animo, ut furtum fiat, annitente.*

([111]) Je n'ai trouvé nulle part une décision satisfaisante sur la distinction entre les deux premiers cas. Ne peut-on invoquer les paroles de FESTUS : RUPITIAS *in XII significat damnum dederit ?* Dans ce cas *membrum ruptum* signifierait, non point membre *brisé*, mais membre *endommagé*, et il y aurait lieu de distinguer ce cas de celui de la rupture ou de la fracture d'un os *(os* FRACTUM *vel collisum)*.

La *lex Aquilia*, sans établir, comme on sait, la notion abstraite du *damnum injuria datum*, avait cité nominativement les principaux cas auxquels elle s'appliquait. La jurisprudence créa par abstraction la notion du *damnum injuria datum* et le formula comme *damnum* CORPORE CORPORI *datum* ([112]), c'est-à-dire le dommage apporté à un objet par suite d'une action extérieure positive exercée sur lui. Celui qui en ouvrant une cage avait fait envoler un oiseau, ou celui qui en l'enfermant avait fait mourir un animal, n'encourait aucune responsabilité. Dans le premier cas l'animal n'était pas *endommagé;* dans le second il ne l'était pas par une action immédiate, là il n'y avait point de *damnum* CORPORI *datum*, ici point de *damnum* CORPORE *datum*. La *lex Aquilia* s'en était tenue au dommage *visible*. La doctrine nouvelle qui la première donna à la notion du dommage l'extension nécessaire procéda autrement. L'*actio de servo corrupto* de l'Edit du Préteur, dans le droit nouveau, forme un parfait contraste avec le *damnum injuria datum* du droit ancien. Elle porte l'empreinte évidente de la révolution profonde qui s'est opérée dans les idées. Le *corpore corpori datum* disparaît, et c'est une idée diamétralement contraire qui se fait jour : ce délit suppose la corruption *morale* (*animo datum*) d'un esclave effectuée au moyen d'une action *morale (animo)*.

Les délits *inconnus* à l'ancien droit, sont aussi significatifs que ceux qu'il *connaît*. Le pillage d'une hérédité (plus tard le *crimen expilatae hereditatis*) n'est pas considéré comme injustice : les choses de l'hérédité, en effet, n'appartiennent à personne, leur rapport avec l'héritier *futur* est purement idéal. La fraude (*dolus*) n'est pas davantage un délit, car elle ne comporte pas une atteinte *extérieure* à la sphère juridique d'autrui ; un faux renseignement, un mauvais conseil, etc., n'est point un délit en soi; les moyens dont se sert le dol, sont *extérieurement légaux*. La fraude est un délit hypocrite, c'est le loup revêtu

([112]) GAIUS, III, 219, § ult. I. ad L. Aq. (4-3).

de la peau de l'agneau, et celui qui s'en rendait coupable glissait librement entre les mailles de la loi. On ne réussit à l'atteindre que lorsque l'on eut appris à ne pas placer exclusivement la notion du délit dans un état de fait visible, lorsqu'on fut arrivé à l'apprécier d'après des criteriums internes. L'action générale du chef de dol (*act. doli*) fut précédée d'abord par une foule d'actions de dol spéciales pour certains rapports isolés ([113]), parmi lesquelles figure l'action pour aliénation doleuse de la part du débiteur insolvable. Elle ne s'appliquait originairement qu'à l'aliénation des *choses*, (*interdictum fraudatorium*); plus tard elle s'appliqua également à l'aliénation de droits (par exemple, d'actions — *act. Pauliana*) ([114]).

Des délits isolés de l'ancien droit, élevons-nous jusqu'à sa conception générale du droit criminel. Rien ne démontre mieux la conception matérialiste du droit ancien, que sa façon d'envisager le rapport de l'élément individuel de la culpabilité avec les circonstances extérieures du fait. Je me borne ici à renvoyer à un autre écrit ([115]) où j'ai approfondi ce point qui montre à toute évidence la prépondérance de l'élément sensible dans le droit criminel de Rome.

Du droit criminel passons au droit civil. Négligeant quelques exemples qui trouveront mieux leur place ailleurs ([116]),

---

([113]) Ihering, *Schuldmoment im röm. Privatrecht*, Giessen, 1867, p. 34, note 70a.

([114]) Arg. L. 14, quae in fraud. (42-8). Hac in factum actione *non solum dominia revocantur* (aliénation de choses), *verum etiam actiones restaurantur.*

([115]) V. note 113.

([116]) V. en particulier le caractère réaliste des modes d'acquisition de la propriété, (§ 53), on retrouve le même caractère dans l'ancien droit hypothécaire (*pignus*) jusqu'à ce que celui-ci (dans l'*hypotheca*) se débarrassât de la nécessité de la transmission réelle, (V. Dernburg, *Röm. Pfandrecht*, I, p. 51, qui désigne avec raison cette forme du droit hypothécaire comme « si raffinée et si idéale qu'elle ne pouvait trouver place dans la vie dure

je me borne à citer ceux qui trouvent ici leur application immédiate. Tout d'abord se présente l'*erreur* sur l'*objet* des conventions. Le droit ancien ne prend en considération que l'erreur sur la *species* (*error in corpore*), le droit nouveau au contraire reconnaît aussi l'erreur sur les qualités *(error in substantia, materia)* ([117]). Sur quoi repose cette différence? Le droit ancien, je crois, voyait dans la volonté appliquée à son objet un phénomène plus extérieur moins intime que le droit nouveau. Lorsque l'acheteur prend par erreur le vase de plomb et le paie comme un vase d'argent, il n'en a pas moins voulu *ce* vase, dit la jurisprudence ancienne; son erreur porte exclusivement sur quelque chose d'interne, non sur l'identité extérieure de l'objet. L'argumentation de la jurisprudence nouvelle est toute autre; l'objet, tel qu'il apparaît *extérieurement*, n'est pas celui que l'acheteur *veut* réellement : car il veut dans cet objet la destination, la force, la bonté de la chose. Donc si ces qualités sont toutes autres qu'il ne croyait, la chose elle-même n'est pas celle qu'il supposait; elle n'en a que l'apparence extérieure ([118]).

» et réelle de l'époque primitive). » V. plus loin la démonstration du fondement réel de l'obligation romaine antique, (t. V).

([117]) Sur la première v. L. 22 de V. O. (45-1), où il est question de la stipulation, c'est-à-dire de l'*obligatio stricti juris* émanant du droit *ancien*, sur la seconde v. L. 9, § 2 de cont. emt., (18-1), qui traite du contrat de vente appartenant au droit nouveau. Marcellus, il est vrai, dit encore de ce dernier, dans l'esprit de l'ancien droit : *emtionem esse, quia in* CORPUS *consensum est*, mais Ulpien le rectifie.

([118]) On peut citer aussi l'obligation du vendeur, introduite par l'édit des édiles, de répondre des vices et défauts cachés (obligation inconnue au droit ancien). Dans le droit ancien l'acheteur n'a de recours contre le vendeur que dans le cas d'éviction ; d'après l'édit des édiles, il en a un même lorsqu'il a la chose, mais qu'elle est affectée de vices. — La controverse célèbre entre les Sabiniens et les Proculéiens sur la spécification, (Gaius, II, 79) roule aussi sur cette distinction. Une conception matéria-

La théorie de la possession et de l'usucapion est particulièrement intéressante pour étudier la différence du droit ancien et nouveau. Bien que la possession, d'après sa nature originaire, soit un rapport purement de fait, et semble par conséquent devoir être traitée d'une manière toute matérielle, la comparaison du droit ancien et du droit nouveau nous montre précisément comment matérialisme et spiritualimse se manifestent en cette matière. L'acquisition de la possession, par exemple, d'après l'opinion matérialiste, exigerait une *appréhension* (dans le sens littéral). Le droit ancien l'a exigée; il ne s'est pas contenté, comme le droit nouveau, de la simple *possibilité* d'une action immédiate, par exemple, de la *traditio longa manu*, du fait de montrer, de voir la chose. Le doute à cet égard n'est pas même permis lorsqu'on songe que cette condition s'est conservée jusque dans le droit nouveau comme acte formel dans le *manu capere* de la mancipation. Les anciens juristes ([119]) exigeaient l'appréhension *(loco movere)*, même dans le divertissement de la chose déposée, de la part du dépositaire, tandis que la jurisprudence nouvelle admet la possibilité du divertissement même sans déplacement matériel ([120]).

La jurisprudence ancienne, en refusant la capacité de posséder aux personnes juridiques, se conformait de nouveau à l'aspect naturel du rapport: la jurisprudence nouvelle, au contraire,

liste de la notion d'identité de la chose considérera avec les Sabiniens la substance comme la partie essentielle de la chose, et niera par conséquent l'influence de la spécification sur la propriété, mais une conception plus spiritualiste regardera avec leurs adversaires la forme et la destination de la chose comme la chose décisive, et admettra en cas de changement de celles-ci qu'il y a une chose nouvelle appartenant à l'auteur de la spécification.

([119]) *Plerique veterum* dans la L. 3, § 18 de poss. (**41-2**).

([120]) Papinien dans la L. 47 de poss. (**41-2**). De même pour le changement du dépôt en prêt dans la L. 9, § 9 de R. Cr. (**12-1**).. *etiam antequam moveantur — animo coepit possidere.*

reconnaissait cette capacité ([121]). La possibilité d'acquérir la possession par des représentants libres est également un progrès du droit nouveau, dans lequel se manifeste incontestablement une conception plus large.

D'après l'appréciation naturelle, la possession est *perdue* dès qu'un tiers se l'est appropriée. Le droit ancien s'en est tenu à cette idée, tandis que le droit nouveau fait continuer la possession de l'absent sur les immeubles malgré l'invasion ([122]).

Cette différence s'est manifestée bien plus encore dans la suite pour l'usucapion. Les conditions originaires de celle-ci étaient, à ce qu'il paraît ([123]), une chose susceptible d'être usucapée *(res furtiva),* et la circonstance purement extérieure d'une possession acquise d'une manière exempte de vices *(nec vi, clam, precario).* Le développement ultérieur de l'institution jusque dans le droit actuel se caractérise par deux circonstances. La volonté de l'*usucapiens* tend de plus en plus à devenir le pivot de ce rapport juridique. Cette tendance est déjà évidente dans la jurisprudence du droit nouveau, témoin le *titulus putativus,* et le droit canon la consacra définitivement dans sa disposition si connue sur la *mala fides superveniens.* D'autre part, l'élément extérieur, visible, de l'usucapion : la possession, fut moins sévèrement et plus librement traité. L'*usucapiens* put se prévaloir d'une possession exercée par autrui (son prédécesseur ou le créancier hypothécaire), et l'on admit que sa mort n'était pas une cause d'interruption ([124]).

([121]) L. § ult L. 2 de poss. (**41**-2).

([122]) Sur le droit ancien v. l'opinion de Labeon dans la L. 6, § 1. L. 7 de poss. (**41**-2) ; sur le droit nouveau L. 3, § 7, 8. L. 25, § 2, L. 45 ibid.

([123]) Stintzing, *Ueber das Wesen* von *bona fides* und *titulus.* Heidelberg, 1852.

([124]) Le point extrême que l'on pourrait atteindre dans cette voie, serait d'effacer entièrement l'influence de l'interruption de possession en permettant de compter à la fois le temps écoulé avant et après le trouble de la possession. Le dernier reste matérialiste de l'ancienne théorie romaine

Il était conforme au caractère matérialiste de l'usucapion, que le propriétaire ne pouvait l'interrompre en intentant la revendication. Une opinion qui me paraît fondée décide le contraire pour la *longi temporis possessio* ([125]): c'est une preuve nouvelle de son origine relativement récente.

Le développement *économique* fournit un autre exemple intéressant propre à faire ressortir la différence entre le matérialisme et le spiritualisme. Prenant pour point de départ les biens que l'on peut *voir* et *saisir*, il ne s'élève que peu à peu à la perception et à la mise en valeur pratique des *richesses* idéales. Le crédit, le talent, l'idée fonctionnent dans notre vie matérielle actuelle comme des facteurs économiques précieux, mais combien de temps n'ont-ils pas été négligés et méconnus, avant que les nécessités de la vie n'aient appris à les estimer et à les apprécier. Or, le droit suit pas à pas le développement économique; le droit est comme le lit, dans lequel, semblable à un fleuve,

de l'usucapion aurait ainsi disparu. La première impulsion en ce sens se trouve déjà dans le droit romain lui-même, notamment dans la continuation de l'usucapion pendant la vacance de l'hérédité. Le droit prussien, (Landrecht, I, 9, § 601, 602) a fait un pas de plus en permettant cette réunion, lorsque personne d'autre n'a eu la possession dans l'intervalle, tandis que le droit autrichien s'en tient au droit romain. Le droit français seul, à bon droit d'après moi et donnant un exemple digne d'être suivi, s'est émancipé complètement de la tradition lorsqu'il a refusé de considérer la perte de la possession comme une cause d'interruption de l'usucapion, si elle n'a pas duré plus d'un an, ou si pendant ce temps la restitution de la possession a été demandée en justice, (la décision ultérieure étant alors présumée). K. S. ZACHARIAE, *Handbuch.*, 5e édit. ANSCHÜTZ, t. I, p. 534. Le droit anglais est même allé si loin qu'il ne tient aucun compte de l'influence d'une interruption injuste de la possession, quelle qu'en ait été la durée. GUNDERMANN, Engl. Privatr., I, p. 179.

([125]) VON WAECHTER, *Erörterungen*, Livrais. 3, p. 101. La raison alléguée par CONSTANTIN dans la L. 10 Code de poss. (7-32) est intéressante : il dit que le possesseur, dans ce cas : *super jure possessionis vacillet et dubitet*, invoquant ainsi l'élément intellectuel et subjectif du rapport.

ce développement suit son cours, lit qui s'élargit, qui s'étend selon les besoins du commerce juridique de chaque époque. L'histoire, et notamment l'histoire du droit romain ([126]), nous apprend ainsi les phases et les progrès du mouvement économique. Si nous lui demandons quels étaient les facteurs économiques du commerce juridique ancien, elle nous répondra que c'étaient les choses et les hommes considérés comme choses. La force individuelle libre, le talent, l'adresse, etc., n'étaient pas encore devenus des sources de gain, des objets du commerce juridique, ils ne valaient pas *comme tels*, c'est-à-dire indépendamment des produits (réalisés au moyen de la vente) qui leur donnent une valeur économique. La mise en valeur de la force humaine trouva sa forme juridique dans la possibilité de soumettre à la justice le contrat de louage de services *(locatio operarum* et *operis)*.

Dans le droit ancien, cette convention, comme nous le prouverons plus loin, n'était pas encore protégée par une action — preuve que le commerce juridique n'avait pas encore éprouvé le besoin de pareille protection. On connaissait certainement, même dans la Rome antique, la valeur économique du *travailleur*,

([126]) Ainsi, par exemple, la *mancipatio* atteste que les Romains avaient déjà traversé de bonne heure la période du commerce d'échanges, que la vente était originairement au comptant et que ce ne fut que plus tard qu'elle devint un marché à crédit. Les plus anciens moyens d'échange étaient le bétail et les céréales, (t. I, 142 note 69). Dans l'estimation relative des choses on trouve tout d'abord les terres, puis les esclaves, les animaux de trait et de somme; cela résulte de leur mention toute spéciale par opposition à toutes les autres choses (*res mancipi* — chap. premier de la Loi Aquilia — édit des édiles). Parmi les servitudes prédiales, les servitudes de voirie et d'eaux sont les plus anciennes. Plus tard seulement on reconnut aussi la valeur et la nécessité des autres, les servitudes urbaines sont le produit des époques de luxe, dans lesquelles les idées sur la condition d'utilité de la servitude (*servitus fundo* UTILIS) s'étaient essentiellement affinées.

bien qu'on ne la conçût que sous la forme restreinte d'une puissance qui le saisissait et le retenait tout entier dans ses liens (esclavage, *mancipium*, servage pour dettes). — Mais ce que l'on ignorait, c'était la distinction entre le travail intellectuel ou matériel et le travailleur, l'élévation du travail au rang d'objet d'échange juridique dans la forme du contrat de services revêtu d'une action. Cette idée était-elle trop élevée pour l'époque ancienne, ou l'institution de l'esclavage lui épargna-t-elle la nécessité de garantir au travail la reconnaissance et la protection du droit? Je ne doute nullement que déjà même à l'époque la plus antique il n'y ait eu des prestations de services moyennant un salaire (payé d'avance ou prévu par une stipulation). Cela est d'autant plus certain qu'avant même que ne fût introduite l'*actio locati conducti*, on pouvait indirectement au moyen de peines conventionnelles, faire de pareilles prestations l'objet de promesses obligatoires. Mais l'action directement attribuée à une convention tendant à des prestations de services rémunérées appartient en tous cas au plus tôt aux derniers siècles de la république. De plus elle fut pendant longtemps restreinte à des prestations de services d'espèce peu relevée (*operae locari solitae*) — l'art et la science n'entrent que tard dans le cercle du droit.

L'époque antique n'en était pas encore arrivée à l'idée abstraite du travail considéré isolément de l'ouvrier, non plus qu'à l'idée abstraite de l'usage considéré isolément de la chose. L'ouvrier n'est rien qu'un total en quelque sorte, une somme de prestations futures, isolées; la chose est le précipité réel, la concentration donnée par la nature d'une série de services possibles dans l'avenir; la valeur de l'un et de l'autre, au fond, n'est que la somme calculée d'après les principes de l'escompte de tous les services possibles pendant leur existence, défalcation faite des frais de production. Le prix de vente est l'escompte des revenus probables pris ensemble. Or, si la chose a une valeur, parce qu'elle est la somme de ces prestations de services isolés, ceux-ci représentent une quote-part de cette

valeur. Sous le rapport économique comme sous le rapport juridique il devrait en être entièrement de même des avantages d'une chose et de cette chose elle-même ; le droit devrait mettre sur la même ligne non-seulement la transmission rémunérée, mais aussi la rétention, le trouble, ou le retard dans la transmission des avantages, avec la vente, l'anéantissement, la dégradation de la chose elle-même. Mais ces parcelles idéales de la chose (considérée comme somme d'actes d'usage isolés) ne tombent pas comme la chose dans l'*espace*, mais seulement dans le *temps* : cette différence, qui ne trompe pas un œil exercé, est d'une grande influence sur une appréciation matérialiste ([127]).

L'enlèvement des avantages d'une chose peut avoir le caractère de délit *(furtum usus)*. Il peut aussi être la base d'une prétention accessoire à une demande en restitution de la chose même *(actiones in rem* et *in personam* — *omnis causa* et *mora)*. Je suis convaincu que le *furtum usus* est moins ancien en date que le *furtum rei*. Je n'en ai cependant aucune preuve décisive. Mais il en est autrement du second cas. Ici, à mon avis, on peut positivement démontrer que le droit ancien n'a tenu aucun compte d'avantages enlevés en tant qu'ils ne se soient pas séparés *substantiellement*, c'est-à-dire comme fruits. En effet, dans les actions personnelles ils ne peuvent être considérés que comme dommages intérêts, or le droit ancien ne connaît pas de liquidation de l'*interesse* (T. 2 p. 109 s.), et dans les actions réelles il n'est tenu compte que des *fruits*. Dans le droit nouveau, il est vrai, les avantages accessoires tombent aussi sous la notion de fruit (comme *fructus civiles*) ([128]), mais l'étendue

---

([127]) Ce que Sénéque dit : de brevit. vit. c. 8, du temps en général est vrai aussi dans ce sens : *fallit autem illos, quia res incorporalis est, quia sub oculos non venit ideoque vilissima aestimatur.*

([128]) L. 62, pr. de R. V. (6-1). La première impulsion vers cette extension peut avoir été fournie par la *fructus licitatio* dans l'interdit *uti possidetis ;* elle se créa en quelque sorte d'elle-même.

originaire de cette notion était plus étroite et se bornait aux fruits proprement dits : les mots seuls l'indiquent et cette extension trahit incontestablement, je le pense, la conception plus spiritualiste d'une époque postérieure. Ce n'est point la rigueur du droit ancien (rigueur que l'on s'est borné jusqu'ici à alléguer en termes fort vagues), qui met obstacle à ce que des avantages enlevés soient mis en ligne de compte. Il y a là plutôt le résultat d'idées économiques peu avancées qui ne s'attachaient qu'aux objets visibles et tangibles, aux choses mêmes et à leurs fruits, sans se préoccuper de leur côté transcendant, c'est-à-dire de leur utilité éventuelle comme richesses économiques et comme objets à poursuivre en justice. Si la valeur économique des choses avait été exactement connue, le juge de l'époque antique aurait dû en tenir compte, car le juge ne fait qu'évaluer *(aestimat)* ce que le commerce juridique apprécie *(magni facit)*. L'*aestimatio* judiciaire contient l'expression juridique de la conscience économique de l'époque quant à la valeur. Entre elles un écart sensible ne peut subsister longtemps.

On peut conclure de ce qui précède que la *chose* est la seule valeur économique connue du droit ancien, qu'elle ne l'est même que d'une façon restreinte, c'est-à-dire, autant qu'elle est susceptible d'une aliénation, non point passagère mais *définitive*, autant qu'elle peut être l'objet, non d'un contrat de louage, mais d'un contrat de vente ou d'échange.

Le commerce d'échanges, examiné au point de vue juridique, n'est pas une circulation de *choses*, c'est un transfert de *droits*. Isolée du droit qui la concerne, la chose est dépourvue de toute valeur. Ni l'utilité, ni l'usage économique des choses ne détermine leur valeur; celle-ci résulte essentiellement de cette circonstance que l'emploi de la chose est juridiquement assuré et dépend de la manière dont il est protégé par la loi. Le droit est un facteur essentiel de la notion de valeur : dans une révolution toutes les valeurs souffrent, elles remontent lorsque renaît la confiance dans la sûreté du droit. Juridiquement, la transmis-

sion d'une chose signifie le transfert du droit sur cette chose; juridiquement, le commerce des choses n'est autre chose que l'établissement de *droits*, leur transfert, leur extinction.

L'exactitude de cette observation est évidente pour l'établissement et le transfert de tous les droits autres que la propriété. Mais il en est tout autrement de celle-ci. Dans le transfert de la propriété, le droit et la chose se confondent. La chose aliénée se déplace en apparence, et à ne s'attacher qu'à ce fait extérieur, il est facile de perdre de vue le fait interne: la transmission du droit. C'est ce qu'a fait le droit romain ancien. Pour lui, le transfert de la propriété n'était pas le transfert du droit de propriété, mais bien le transfert de la chose même. Cette idée du transfert du droit, du droit comme chose idéale existant par elle-même, abstraction faite du détenteur actuel de la chose, était trop subtile, trop abstraite pour le droit ancien. Il voyait dans le transfert de la propriété, l'abandon de la part du propriétaire actuel, d'une *chose* dont un nouveau propriétaire s'emparait. Dans la *mancipatio* aussi bien que dans l'*in jure cessio,* le nouvel acquéreur ne fait point passer sur sa tête le droit du propriétaire précédent, il prend la *chose* pour lui, parce que ce dernier le souffre et se retire *(cedit in jure).* Il en était de même, à l'origine, dans la tradition. Nous pouvons donc le dire: la *succession* proprement dite, c'est-à-dire l'entrée dans le *droit* d'autrui, était inconnue au droit ancien, celui-ci ne connaissait que l'entrée dans la *chose* d'autrui. En d'autres termes: tous les droits, à l'époque ancienne, à l'exception du droit de propriété, étaient pratiquement incessibles: succéder à autrui dans une *chose* n'était possible que pour la propriété, là seulement la chose et le droit se confondent. Mais la succession universelle, objectera-t-on? Je me bornerai à faire remarquer que l'on n'y trouve point une transmission des droits isolés appartenant au défunt. L'héritier succède à la personnalité toute entière de son auteur, ou pour parler plus exactement, il devient sous tous les rapports le représentant du défunt *(loco defuncti).* Ce rapport n'a donc rien de commun avec

le sujet que nous traitons; nous ne parlons que de l'incessibilité des droits *isolés*, c'est-à-dire de la possibilité de la succession *particulière*. Il est bien vrai qu'à côté des rapports dans lesquels il a constamment maintenu cette incessibilité, le *mancipium* notamment, les servitudes, et l'hérédité (à l'exception de l'*hereditas legitima* déférée), le droit romain en a connu d'autres dans lesquels il admettait le principe du transfert : ainsi il consacre le transfert de la puissance paternelle, de la tutelle, la cession judiciaire de l'*hereditas legitima* déférée ([129]). Mais précisément la manière dont il réalise ce transfert, et le concilie ingénieusement avec ses idées arrêtées, jette la plus grande lumière sur celles-ci. Le transfert dans tous ces cas, s'opérait au moyen de l'*in jure cessio;* le cédant ne transfère point son droit, il consent seulement à ce que le Préteur reconnaisse le cessionnaire comme ayant-droit; il recule *(cedit in jure),* comme s'il était sans droit, tandis que le cessionnaire s'avance et agit comme prétendant en vertu de son droit propre. L'adoption est un exemple remarquable de cette marche suivie par le droit ancien ([130]). La triple vente apparente, et le cas échéant la simple vente apparente, ou *mancipium*, tend directement à anéantir la puissance pater-

([129]) Le détenteur de la *patria potestas* pouvait donner l'enfant à un autre en *mancipium* ou en *manus :* de même le mari comme détenteur de la *manus* pouvait mettre la femme en *mancipium* par remancipation. Cela n'infirme en rien ce que je viens d'avancer. Dans ces deux cas, ce n'est pas le rapport *actuel* de puissance qui est transféré ; c'est un rapport de puissance nouveau qui est créé, qui ne restreint pas le rapport actuel, mais qui le fait plutôt disparaître, et qui vient saisir la personne dans sa totalité. Ce n'est donc pas un droit *sur* la personne, c'est la personne elle-même qui est transférée.

([130]) Comme l'a prouvé fort bien v. SCHEURL dans sa diss. de modis liberos in adoptionem dandi. Erlang. 1850. Il compare justement cette marche avec celle de la délégation, qui ainsi qu'on le sait, n'est pas tant un transfert de l'obligation, qu'une extinction de l'ancienne obligation avec établissement d'une obligation nouvelle.

nelle, pour permettre ensuite au cessionnaire de se présenter comme revendiquant en vertu de son droit propre.

J'indiquerai plus tard une autre explication du principe de l'incessibilité des droits. Il suffit pour le moment d'avoir montré son rapport avec le matérialisme du droit ancien. Une explication n'est pas même nécessaire, tant la chose paraît évidente. Se substituer aux droits d'autrui, est une opération, qui quelque naturelle qu'elle *nous* paraisse, n'en repose pas moins sur une abstraction. Elle est un travail de la pensée seule, qui échappe à tout contrôle des sens. Il en est tout autrement lorsque c'est l'objet lui-même (chose ou personne) qui est transféré; on se trouve alors en présence d'un objet visible, dont le passage de l'une main dans l'autre peut être perçu par les yeux ([131]).

La classification des choses, en *res corporales*, et *incorporales*, adoptée par Justinien dans ses Institutes, est un reste de cette conception ancienne, que le droit romain nouveau a presque complètement abandonnée ([132]). Tandis que tous les autres droits sont placés dans la seconde catégorie, la propriété figure parmi les *res corporales*. La controverse à mon avis, n'est pas possible au sujet de cette erreur qui identifie la propriété avec son objet. La propriété est une *res incorporalis* au même titre que les autres droits réels, et lorsqu'on la transfère ce n'est pas la *res corporalis* qui est transmise; au point de vue juridique, c'est le droit, la *res incorporalis* qui change de sujet. Néanmoins cette erreur de classification a une base *historique:* elle est l'expres-

---

([131]) On peut citer ici le passage de Quintilien, Inst. O. V. 10, § 111, sq dans lequel il examine la question de savoir si des créances peuvent être l'objet de l'*occupatio bellica*. Il parle en ces termes, au § 116 : *non potuisse donari a victore jus, quia id demum sit ejus, quod* TENEAT; *jus, quod sit incorporale, apprehendi manu non posse... ut alia sit conditio heredis, alia victoris, quia ad illum* JUS, *ad hunc* RES *transeat.*

([132]) Inst. de reb. corp. et incorp. (**2**-2). Ulp. XIX, § 11. L. 14, p. de serv. (**8**-1). L. 1, § 1 de R. D. (**1**-8).

sion exacte de la conception du droit ancien qui confondait dans la propriété et la chose et le droit. ([133]).

Comme nous l'avons vu, la notion de *valeur*, de *fruit*, de *succession*, reste à l'origine complétement confondue avec la *chose* elle-même. Dans le droit nouveau elle s'en distingue. Cela nous amène à rechercher, si pour d'autres notions le même phénomène ne se reproduit pas. La recherche ne sera guères longue. Toutes les notions, tous les rapports qui se rencontrent dans le droit postérieur quant à des choses et quant à d'autres objets, ont eu dans la chose leur point de départ originaire et naturel. Si nous examinons, par exemple, la possession, nous constatons que sa forme primitive est la *possession des choses*. La quasi-possession est d'une origine bien plus récente, et n'est même jamais arrivée chez les Romains à toute la maturité de son développement. Si nous passons ensuite au *droit hypothécaire*, nous le voyons, restreint à l'origine aux choses, s'étendre dans le droit postérieur, à tous les droits qui ont une valeur pécuniaire et qui se laissent transférer d'une manière quelconque, par exemple, les créances et l'usufruit ([134]). Parmi les actions universelles, l'*hereditatis petitio*, l'interdit *quorum bonorum*, l'interdit possessoire du *bonorum emtor*, la première, à l'époque des juristes classiques, se dirige même contre les *juris possessores*; or, dans l'origine elle n'était dirigée que contre les possesseurs de *choses* héréditaires. Il y a d'autant moins de doute à cet égard que cette restriction a été

([133]) Un phénomène intéressant que fait remarquer Windscheid, Die actio des röm. Civilrechts, p. 6, c'est que le langage romain nomme toujours le fait au lieu du droit qui s'y applique, par exemple, *pignus* (le gage et le droit de gage), *superficies* (la maison et le droit sur la maison), *iter, via* (le chemin et le droit à la servitude de chemin), etc.

([134]) De même le *pignus in causa judicati captum*. Je ne pourrai expliquer que dans le troisième système l'importance de la transition du *verus ususfructus* au *quasi ususfructus* ainsi que les phénomènes correspondants du droit des obligations, (*depositum irregulare, locatio irreg.* etc.).

conservée même à l'époque postérieure pour les deux dernières de ces actions (135). Je veux surtout attirer l'attention sur l'*obligation.* Dans l'obligation, à son origine, la chose formait aussi bien le fondement, la base, que le but, que l'objet de la prétention. La chose était le fondement de l'obligation; dans les idées du droit ancien, (136) toute obligation repose sur cette circonstance que le débiteur a eu (*de - habet* = debet) quelque chose (*res*) du créancier, et que celui-ci a donné quelque chose (*cre - dedit* = credidit), soit que la remise ait été réellement effectuée (contrat réel), soit qu'elle ait été juridiquement promise (contrat littéral et verbal). La chose était aussi le but de l'obligation : toute obligation dans le droit ancien tend à un *dare,* à la dation d'une chose : REM *persequitur;* dans l'expression : *actio* REI *persequendae causa,* qui plus tard comprend aussi les *obligationes faciendi* (137), le mot *res* est originairement employé dans le sens littéral, comme dans l'expression *quanti ea res est.* Nous verrons plus tard l'explication détaillée de ce point. C'est dans l'obligation surtout que se déploie tout au large le spiritualisme du droit romain nouveau. Ne tenant plus compte de la *res,* ni comme base, ni comme but du droit, n'exigeant plus de dation ni comme fondement, ni comme objet du devoir de prestation, le commerce juridique nouveau opère aussi sûrement avec l'objet invisible, le droit, que la théorie ancienne avec la chose corporelle. Ainsi, par exemple, une promesse ou une action peut porter sur la dation d'une chose corporelle comme sur

(135) L. 2. quor. bon. (43-2). V. aussi note 114 sur l'interdit *fraudatorium.* Dans le droit de Justinien même l'*immissio in possessionem* ou le *pignus praetorium* est étendu aux créances. L. 1, Cod. de praet. pign. (8-22).

(136) La prétention de celui qui avait été lésé par un délit ne tombait pas à l'origine sous le point de vue de l'obligation mais sous celui de la vengeance, § 12.

(137) § 17. Inst. de act. (4 6) ... *rei persequendae causa comparatae videntur veluti ... commodati, depositi, mandati, pro socio,* etc.

la prestation d'un objet incorporel (conclusion d'un contrat) ([138]), sur la restitution de l'un comme de l'autre (libération). On peut donner, payer, se libérer, faire des avances, etc., en contractant une obligation au lieu d'opérer avec des choses. L'obligation existante peut être vendue, hypothéquée, léguée, cédée, frappée de saisie par le juge, transférée par la loi. En un mot, elle fonctionne dans le commerce juridique de l'époque nouvelle comme la chose dans celui de l'époque ancienne.

Nous pouvons conclure de ce qui précède que la conception matérialiste de l'époque ancienne ne s'est pas démentie dans le droit. Assez souvent, dans le cours de cet ouvrage, nous aurons l'occasion de constater que le rude matérialisme du droit, tribut payé à l'époque, que sa pesanteur substantielle, la coupe massive de ses rapports et de ses notions n'ont jamais pu ni arrêter son essor, ni entraver ses progrès.

B. *Importance des mots.*

L'idée et le mot. — Interprétation grammaticale et logique. — Leur rôle dans l'ancienne jurisprudance. — Interprétation littérale rigoureuse des actes juridiques. — Interprétation plus libre des lois. — Tendances de celle-ci.

In omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt. Cic. pro Murena, c. 12.

49. L'importance du mot trahit le défaut de maturité du développement intellectuel. Ce phénomène s'observe dans le droit comme partout ailleurs. En tête de l'histoire du droit on pourrait écrire cette épigraphe : « In principio erat verbum. » Le mot, le mot écrit aussi bien que le mot solennel parlé (la

([138]) Par exemple, *damnatus vendere vel locare*. L. 44 de solut. (**46**-3).

formule), c'est le mystère des peuples enfants; la foi naïve lui attribue une force surnaturelle. Jamais nulle part cette foi dans le mot ne fut plus profonde que dans Rome ancienne. Le culte du mot domine tous les rapports de la vie publique et de la vie privée, de la religion, des usages et du droit ([139]). Pour le Romain ancien le mot est une *puissance;* il lie et délie. S'il ne transporte pas des montagnes, il transporte des moissons d'un lieu à un autre ([140]). Il est assez puissant pour évoquer les divinités *(devocare)*, et leur faire abandonner la ville assiégée *(evocatio deorum)*. « La formule, suivant un auteur récent, n'a pas » seulement la puissance de la volonté humaine, elle possède » une force plus élevée, divine, et liant par conséquent même » les dieux. » La rigueur vraiment extrême avec laquelle la jurisprudence antique s'attachait aux mots ne heurtait donc nullement le sentiment national. Loin de là. Cette logomachie juridique, si facilement persifflée par CICERON, critiquée même par des juristes, condamnée par des empereurs ([141]), n'était pas

([139]) On trouvera une foule de matériaux rassemblés dans l'ouvrage connu de BRISSON, de vocibus ac formulis.

([140]) La loi des XII tables contenait des dispositions pénales contre ceux qui usaient de magie pour nuire aux récoltes. PLINE, Hist. nat. XXVIII, 2, 4 : *qui fruges excantasset.* Sur la puissance mystique attribuée au mot, v. surtout le passage classique de PLINE, H. N. XXVIII, 3-5. Même à l'époque postérieure, les incantations jouèrent un grand rôle. V. par exemple, APULÉE (ed. Bip.) Metam. I, p. 10, de Magia oratio II, p. 52, *virtutes ... violentia cantionum.*

([141]) GAIUS IV, § 30 : *nimia subtilitas veterum;* CONSTANTIN dans la L. 1, Cod. de form. subl. (2-58) : *Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes.* V. surtout CICERON pro Coecina, c. 23 : *aucupia verborum et literarum tendiculas;* de off. I, c. 10, pro Murena, c. 11-13, de orat. I, 55 : *praeco actionum, cantor formularum, anceps syllabarum.* Nul ne se rendit moins compte que CICERON de l'importance des mots et des formules. Un orateur comme lui auquel on ne reprochera certes pas d'avoir mis du scrupule dans le choix de ses mots, qui s'ingéniait à ravaler la jurispru-

aux yeux du peuple un reproche que l'on pût adresser aux juristes. Pendant bien longtemps, au contraire, elle passa pour une preuve de sagacité et de supériorité. C'était l'époque où non seulement l'on n'aurait pas compris, mais encore où l'on aurait énergiquement combattu l'interprétation large que la jurisprudence postérieure appliqua aux conventions du *jus gentium*. Il fallut bien des siècles avant d'amener la jurisprudence et le peuple à d'autres idées sous ce rapport, avant de les réconcilier avec une interprétation plus libre.

Dans l'ancien droit, le mot exerce un double empire, ou ce qui revient au même, la volonté rencontre un double frein dans le choix des mots. D'abord, ce choix n'existe presque pas pour elle, la validité des divers actes juridiques dépendant de l'emploi de certains mots consacrés ou de certaines formules établies. En second lieu, une exactitude absolue et une attention des plus minutieuses lui sont rigoureusement imposées, lors même qu'elle reste maîtresse du choix *des mots* pour l'expression concrète de son contenu, car l'interprétation littérale ne considère comme décidé et voulu que ce qui a été expressément et positivement dit. Nous désignerons ces deux restrictions sous les noms de : *formalisme* et d'*interprétation littérale*. Bien que dérivant de la même source, elles sont pleinement indépendantes l'une de l'autre; le formalisme peut se présenter sans l'interprétation littérale (par exemple, dans le testament du droit moderne, dont la confection est liée à certaines formes et dont les dispositions doivent cependant être interprétées librement) tout aussi bien que l'interprétation littérale peut se présenter affranchie de tout formalisme quelconque.

L'importance attachée subjectivement aux phénomènes exté-

dence, pour exalter l'art oratoire, ce qui lui inspira, de son propre aveu, sa fameuse diatribe contre les juristes, dans son discours *pro Murena*, un lettré enfin, comme l'appelle Mommsen, devait doublement haïr chez les juristes ce choix laborieux et méticuleux de l'expression.

rieurs est, à mon avis, la source commune de ces restrictions. La prépondérance de l'élément extérieur sur l'élément interne, de la forme sur le contenu est en effet le caractère distinctif du formalisme et de l'interprétation littérale; mais la disposition subjective qui correspond à ce fait et qui doit en donner le motif historique, se trouve dans la prédilection de l'esprit humain pour les objets extérieurs et sensibles. Ce ne sera qu'au § 50 que nous pourrons démontrer l'exactitude de cette appréciation du *formalisme.* L'explication qui va suivre sur le *rapport du mot et de l'idée,* nous donnera la clef de l'interprétation littérale.

Il est deux manières de s'expliquer comment le mot sert d'intermédiaire à l'échange des idées. C'est dans cette différence que se trouve l'origine de cette double espèce d'interprétation juridique que l'on nomme (mais inexactement) interprétation *grammaticale* et *logique* (142).

Il semble tout d'abord paradoxal de demander si en général le mot est en état de *rendre* la pensée. La question cependant est sérieuse; elle appelle même une réponse négative. La pensée est un événement interne de la vie intellectuelle subjective, une activité, un mouvement, que l'on ne peut traduire objectivement. Ce n'est qu'à la condition de perdre son essence propre, de se fixer, que la pensée peut sortir du sein de l'intimité subjective pour entrer dans le monde extérieur. La pensée exprimée est, pour ainsi dire, une *pensée pétrifiée.* Ce n'est donc que dans un sens impropre que l'on parle de communication ou de transmission de la pensée. La pensée en elle-même

(142) Le meilleur auteur à consulter sur ce point est Kierulff, *Theorie des Civilrechts,* p. 21 s.; mais il n'a pas approfondi la cause de cette différence. Les explications de la plupart des manuels de Pandectes sont insuffisantes et même l'ouvrage écrit spécialement sur ce point, de Lang, *Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts,* n'a pas fait faire un seul pas à la question.

ne se transmet point. Le mot ne fait qu'exciter et rendre possible une pensée semblable, il ne fait que reproduire dans l'âme de l'auditeur un mouvement intellectuel semblable à celui qui se produit dans l'âme de celui qui parle. Parler c'est provoquer un mouvement; mouvement physique dans l'*air ambiant*, mouvement intellectuel dans le *cerveau* de l'auditeur. L'air ambiant ne porte pas le mot, comme le vent transporte la feuille : le mot que nous entendons n'est qu'une vibration de l'air, il ne renferme pas en lui-même et ne porte pas jusqu'à nous la pensée; il a seulement pour effet, lorsque nous pouvons le comprendre, de produire une *vibration de notre esprit* plus ou moins conforme à celles de l'esprit de celui qui parle. Le mot n'est pas une chose objective, un objet, ce n'est pas l'idée enchainée dans son objectivité; physiquement et intellectuellement, il n'est qu'un fait, un acte, une action sur l'ouïe et le cerveau, un choc que l'un produit pour mettre chez un autre, ces deux organes dans une activité déterminée. Un regard, un serrement de main, un geste, un signe valent souvent autant qu'un mot pour provoquer une pensée chez autrui : c'est la meilleure preuve que la possibilité de la communication intellectuelle ne dépend point nécessairement de la reproduction objective de la pensée. Quelles sont, en effet, les idées que ces simples signes ont rendues objectives ? Dans l'expression littérale des idées, elle-même, les mots restent bien en deçà de la pensée, et cependant celle-ci se reproduit avec toute sa fidélité et toute son intégrité dans l'esprit de l'auditeur ; c'est que sa pensée a été sympathiquement ébranlée. Le principe de la communication est identique, qu'elle ait lieu à l'aide de mots ou à l'aide de signes, l'un de ces moyens est parfait, l'autre imparfait, mais ils agissent de la même manière : tous deux ne rendent point la pensée même, quelle que soit l'exactitude de la formule qu'ils lui donnent; ils fournissent seulement un point d'appui pour en permettre la reconstruction.

Quel que soit donc celui de ces moyens mis en œuvre, l'attitude de l'esprit auquel on s'adresse ne saurait rester passive.

Il ne s'agit pas pour lui d'accueillir simplement ce qu'on lui donne, car ce qu'on lui donne n'est précisément pas du tout ce qu'on voulait lui donner, ce n'est que le moyen pour lui de se le procurer. Mais pour cela, il faut une activité personnelle de sa part. Or, c'est ici le point où se séparent l'interprétation grammaticale et logique. La première se soustrait au service qu'on lui demande, elle s'en tient aux *mots*, comme l'expression l'indique fort bien. Les mots sont pour elle ce qu'ils ne sont pas, ce qu'ils ne peuvent jamais être, c'est-à-dire la pensée elle-même devenue visible et objective. L'interprétation logique, au contraire, se conformant à la véritable essence de la communication des idées, passe au-dessus des mots et se transporte dans l'âme de celui qui parle. Elle va chercher la pensée jusque dans son foyer, pour ainsi dire. L'âme de celui qui parle, voilà le théâtre de son activité. Le théâtre de l'interprétation grammaticale, c'est le mot nu. Pour celle-ci, tout ce qui n'est pas dans les mots, ce qui ne s'y est pas incorporé, n'existe pas. Elle s'en tient, comme on dit habituellement, à la lettre *morte;* morte, parce qu'elle ne lui sert pas pour reproduire la pensée de celui qui parle, et l'appeler à une existence nouvelle. Elle n'a souci que de traduire les mots, comme tels, d'après le sens que leur donne l'usage de la langue ou la grammaire; que ce sens réponde ou non à la véritable intention de celui qui parle, elle n'en a cure; elle n'a même pas à s'en préoccuper si elle ne veut pas se donner un démenti à elle-même.

Il y a donc là deux manières de concevoir les choses, qui forment contraste entr'elles : l'une est *objective* et *absolue,* l'autre *subjective* et *relative.* Cette dernière met le mot en rapport avec son *auteur;* elle apprend au moyen d'éléments étrangers, ce que *tel* sujet a voulu dire dans *tel* cas; elle va donc prendre autre part que dans le mot lui-même sa force et sa signification. Bref, elle *se représente la situation* dans laquelle un mot a été prononcé, ou un signe donné. Cette situation, c'est-à-dire le rapport des personnes, le but qui les réunissait, le temps, le lieu, etc., donne la clef, fournit le commentaire du signe exté-

rieur. C'est elle qui selon les circonstances déterminera le choix des moyens d'intelligence qu'il s'agira de mettre en œuvre : dans telle situation un *seul* mot suffira, dans telle autre il en faudra *cent*, et plus encore. Dans cette espèce d'interprétation le même mot et la même phrase peuvent ainsi selon la diversité des situations présenter un sens complètement différent. Ces variations deviennent impossibles dans l'interprétation grammaticale : celle-ci considère le mot comme une chose particulière, indépendante de celui qui parle, des circonstances qui l'accompagnent, et ne devant se déterminer que par elle-même. Pour elle donc, quelles que soient les circonstances, quelle que soit la personne qui les prononce, le même mot, la même phrase offriront toujours le même sens.

Il n'y a donc pas à se tromper sur la valeur comparative de ces deux interprétations. Seule l'interprétation logique répond à la nature de la communication intellectuelle; elle n'assigne pas au mot une fonction ni une valeur autres que celles qui lui sont propres. Si le point de départ de l'interprétation grammaticale, que la pensée comme telle peut être rendue, était exact, elle mériterait assurément et à tous égards la préférence. En effet, sans compter le travail moindre qu'elle exige de l'interprète, elle présente l'avantage d'un résultat immédiat et par cela même celui d'une plus grande sûreté. Avec l'interprétation grammaticale, pas de recherches à faire, nulles conclusions ou déductions artificielles à tirer : elle s'en tient fidèlement à ce qui tombe immédiatement sous sa portée, au phénomène extérieur. Mais ce dernier — et dès lors tout cet avantage apparent de la sûreté vient à s'évanouir — est souvent trompeur, douteux, inexact; le mot, comparé à la pensée, est tantôt trop large, tantôt trop étroit, et en fin de compte cette sûreté favorise aussi bien l'erreur que la vérité.

On comprend maintenant que l'interprétation grammaticale précède partout, historiquement, l'interprétation logique. Il peut paraître étrange, mais il n'en est pas moins vrai cependant, que les époques qui s'en tiennent le plus rigoureusement

aux mots sont précisément celles qui sont le moins versées dans la science des mots. Elles sont par cela même impuissantes à réaliser la première de toutes les conditions de l'interprétation grammaticale, c'est-à-dire, à faire que les mots contiennent la fidèle expression de la pensée. Le culte du mot caractérise les civilisations peu avancées. Ce qui domine dans les premiers âges, c'est la foi dans l'apparence extérieure : ce n'est qu'ensuite que les générations ultérieures se mettent à rechercher, et apprennent à découvrir ce que l'apparence leur cache. Le mot est ce qui est saisissable, immédiat, la pensée est invisible et médiate. L'émancipation du mot ne commence que lorsque l'esprit a acquis assez de vigueur pour pouvoir opérer avec sûreté sans son concours. Dans l'ancien droit, nous le savons déjà, l'esprit romain n'était pas encore à cette hauteur, l'apparence extérieure avait une extrême importance pour lui : c'est la phase de l'interprétation littérale.

Nous distinguerons l'interprétation des actes juridiques et celle des lois. Pour l'interprétation en elle-même, il est vrai, il importe peu que ce soit une loi ou un acte juridique qui en fasse l'objet, et cette considération m'a longtemps engagé à les mettre sur la même ligne pour le droit ancien, mais on verra que c'est une erreur.

1. *Interprétation des actes juridiques.*

Dans le dernier état du droit romain, nous voyons adopter pour les actes juridiques du droit strict l'interprétation grammaticale, et appliquer l'interprétation logique, aux autres actes. Les juristes traduisent cette distinction par l'antithèse du *mot*, et de la *volonté* ou du *contenu* ([145]). Pour

([145]) L. 219 de V. S. (**50**-16) : *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.* L. 11, § 19, L. 18 de leg., III, (**32**), (dans les fideicommis). L. 3, § 9 de adim. leg. (**34**-4).. *sensum magis, quam verba.*

CICERON ([144]), c'est d'un côté une lutte de mots, une iniquité, un droit rigoureux, astucieux, ouvrant le champ à la chicane; c'est de l'autre côté le respect de la véritable intention du contractant, c'est le droit équitable.

Le droit ancien ignorait cette distinction. Les rapports juridiques susceptibles d'une interprétation logique, n'ont été pourvus d'actions qu'à l'époque postérieure. Reconnu pour les fidéicommis, ce fait sera établi plus loin en ce qui concerne les conventions du *jus gentium*. Le droit ancien ne connaissait donc que l'interprétation littérale.

Nos sources ne parviennent pas à nous en tracer une image exacte. Elles se contentent de nous la présenter d'une façon générale comme une interprétation rigoureusement, minutieusement littérale. (V. la note 141). L'interprétation littérale du droit *postérieur* vient indirectement combler cette lacune, elle nous fournit une série d'exemples qui nous permettent de compléter notre tableau. L'époque ancienne ne nous a peut-être pas fourni tous les matériaux; les juristes postérieurs auront probablement fourni leur contingent. Mais je ne pense pas qu'il puisse être mis en doute que non seulement l'interprétation littérale même, sa méthode et sa manière, mais aussi la plus grande partie du matériel ne soit un legs de la jurisprudence ancienne. Le temps peut bien avoir adouci l'esprit qui présidait à cette interprétation; il ne peut l'avoir rendu plus rigoureux.

([144]) pro Caecina, c. 23 : *Si contra verbis et literis et ut dici solet* SUMMO JURE *contenditur, solent ejusmodi* INIQUITATI BONI ET AEQUI NOMEN *dignitatemque opponere... tum aucupia verborum et literarum tendiculas in invidiam vocant, tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex* CALLIDO VERSUTOQUE *jure rem judicari oportere : scriptum sequi* CALUMNIATORIS *esse, boni judicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere;* pro Murena c. 12 : *In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt;* de off., I, 10 : *Existunt etiam saepe injuriae calumnia quadam et nimis callida, sed* MALITIOSA *juris interpretatione. Ex quod illud :* SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA.

Tout ce qui est voulu doit être dit expressément ; nulle considération pour une volonté non exprimée, pleine valeur au contraire à ce qui est dit mais non voulu dans toute son étendue, lors même, que dans l'un comme dans l'autre cas, le désaccord entre le mot et la volonté peut être établi avec la plus entière certitude, lors même que l'adversaire en a eu connaissance : tel est le principe suprême qui règle l'interprétation littérale ; telle elle s'est conservée dans la jurisprudence postérieure. Celui qui dans son testament institue son esclave pour son seul héritier exprime de la façon la plus explicite, en fait, son intention de lui accorder aussi la liberté, car pour devenir héritier, l'esclave doit être libre. Mais autre chose est devenir libre, autre chose, devenir héritier ; il sagit donc de deux dispositions *en soi* complètement indépendantes l'une de l'autre ; or, les termes du testateur ne concernent que l'une d'elles, par conséquent l'esclave ne devient ni libre, ni héritier ([145]). Si quelqu'un, pour le cas où ses enfants mourraient avant lui, institue un autre héritier, son intention évidente est que dans le cas contraire ses enfants soient héritiers ; on pourrait donc, en se fondant sur cette institution indirecte, appeler les enfants à l'hérédité, en vertu du testament et bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes expressément institués. Mais ils n'ont pas été institués expressément, et comme ils n'ont pas été non plus expressément déshérités, le testament est nul ([146]). Le droit héréditaire fournit une foule d'exemples pareils, notamment dans la théorie de l'exhérédation et de la prétérition. Le père peut, à sa

---

([145]) V. le § 2. Inst. quib. ex caus. (1-6), où Justinien rapporte en même temps le changement qui s'est effectué sous ce rapport dans l'esprit du nouveau droit.

([146]) L. 19 de hered. inst. (28-5). L. 16, § 1 de vulg. et pup. subst. (28-6). D'après la plupart des cours de Pandectes nouveaux et même d'après celui de PUCHTA, (§ 473, note c.), ce modèle d'interprétation littérale romaine antique serait encore applicable aujourd'hui ! V. en sens contr. v. VANGEROW, Pandectes, § 449, note 1.

volonté, exclure ses enfants de son hérédité, donc aussi sous condition. Supposons que le père nomme son fils héritier sous une condition casuelle; son intention est évidemment que dans le cas opposé son fils soit exclu. Mais il aurait dû le dire expressément, car institution et exhérédation sont deux choses différentes; — le testament est nul ([147]). L'ayant-droit d'une servitude qui s'est réservé le droit de pouvoir réparer le chemin, aura sans doute, croirait-on, le droit d'apporter sur place les matériaux nécessaires : (c'est en effet ce que reconnaît la jurisprudence romaine postérieure), mais l'époque ancienne exigeait une clause expresse dans la formule ([148]). Quelqu'un s'est obligé à transférer à autrui la propriété d'un esclave *(dare)*; l'esclave devient malade et meurt faute de soins ou de secours médicaux. Le débiteur est-il responsable? Non, car il s'est obligé à *dare*, et non à *facere* ([149]). Le vendeur a consenti pour le cas d'éviction de la chose la *stipulatio dupli*; une *partie* est évincée, est-il responsable? Non! ([150]). Pour ce point et pour tous les autres, les termes de la convention limitent exactement l'étendue de l'obligation ([151]); *satis est*, dit CICERON (de off. III, 16) de l'obligation du vendeur d'après la loi des XII tables, *ea praestari, quae sunt lingua nuncupata.* Aussi le vendeur ne répondait-il pour aucuns vices ni défauts, lors même qu'il les eût connus, sans qu'il se fût expressément chargé de la garantie. Ici comme dans bien d'autres cas, ce fut le droit postérieur qui apporta des tempéraments, et admit les

---

([147]) V., par exemple, L. 83 de cond. et dem. (**35**-1). Un exemple pareil est fourni par la *cretio perfecta* et *imperfecta*. ULP., XXII, 34.

([148]) L. 4 de itin. (**43**-19). *Veteres nominatim adjiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, apportanti vis non fieret, quod supervacuum est quia*, etc.

([149]) V. PAUL dans la L. 91 pr. de V. O. (**45**-1).

([150]) L. 56, § 2 de evict. (**21**-2).

([151]) L. 126, § 2 de V. O. in f. (**45** 1).

parties à poursuivre leurs prétentions sur des points que leurs conventions ne mentionnaient même pas ([152]).

Les formules d'actes et de procédure viennent puissamment renforcer notre démonstration. La rédaction de ces formules était féconde en résultats : chaque mot portait. Il était, par exemple, fort important au point de vue de l'estimation judiciaire, que la formule de l'action portât *est*, ou *erit*. Dans l'institution de plusieurs héritiers, ou dans le legs fait à plusieurs légataires il était essentiel de savoir comment ils étaient énumérés, si, par exemple, leurs noms étaient réunis par *et*, ou simplement énumérés les uns à la suite des autres; si le tout était légué à deux légataires en même temps, ou si la moitié seulement était léguée à chacun d'eux. Celui qui n'avait pas connaissance du sens et de l'influence de ces mots, qui s'en servait naïvement comme il y était habitué dans la vie, celui qui croyait, par exemple, que deux moitiés, pour employer un paradoxe, étaient égales au tout, qu'un *et* de plus ou de moins était sans conséquences, pouvait sans s'en rendre compte se créer un préjudice immense ou léser gravement autrui : le petit mot *et* pouvait, dans un testament, valoir un million!

Cette rigueur de l'interprétation, donnait ouverture à de sérieux conflits dans les relations du commerce juridique. Celui qui en formulant par écrit ou verbalement un projet de convention sur le sens duquel il était complètement d'accord avec sa partie adverse, savait lui donner, selon son intérêt, une signification ou plus étroite, ou plus large, celui-là avait partie gagnée, même lorsqu'il avouait que l'intention commune avait eu une toute autre portée. Il lui était également loisible de para-

---

([152]) Par exemple, les intérêts moratoires, l'obligation à la *diligentia*, à fournir la *cautio dupli*. (L. 31, § 20 de aed. ed. (**21-1**), droit de vente du créancier hypothécaire (auparavant il fallait un *pactum de re vendenda*). On peut dire que dans le droit nouveau les ACCIDENTALIA *negotii (quae extrinsecus veniunt)* se sont transformés en NATURALIA *(quae tacite insunt)*.

lyser le droit de son adversaire en *éludant* la convention, c'est-à-dire en respectant les termes de la convention, tout en en violant le véritable *esprit* ([153]). La *malitiosa juris interpretatio* comme la nomme CICERON (de off. I, c. 10), ([154]) était une conséquence inévitable de l'ancienne *interpretatio;* le *dolus*, la *fraus* étaient légalisés; le *summum jus*, l'extrême rigueur dans l'observation des mots devenait souvent, d'après l'adage que le même CICERON rapporte à ce propos, une *summa injuria.* Le droit ancien était sans remède contre ce mal. Dans les conventions du droit strict, qui seules pouvaient donner lieu à ces inconvénients, le droit nouveau permettait au *stipulant* de se garantir contre ces dangers au moyen de la *clausula doli (dolumque malum abesse abfuturumque esse);* ([155]) quant au *promettant* il était couvert par l'*exceptio doli* que lui accordait le Préteur.

Au reste, tous ces inconvénients, étaient en réalité bien moins graves qu'ils ne paraissent. Lorsque un seul mot peut dicter la décision, l'intérêt personnel ou celui d'autrui font exercer sur les mots un contrôle plus sérieux, que lorsque leur emploi ne

---

([153]) Ordinairement on ne parle d'*éluder* que par rapport aux lois, d'après les sources c'est observer les mots en contrevenant à la volonté réelle de la loi, par exemple L. 29, 30 de leg. (**1**-3).. *in fraudem qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.* L. 5, Cod. de leg. (**1**-14), *verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem*, mais il est évident que cette espèce de fraude peut s'appliquer tout aussi bien aux actes juridiques, elle est une conséquence inévitable de l'interprétation littérale. V. L. 1, § 3 de dol. exc. (**44**-4). *Et quidem dolo fit tam in* CONTRACTIBUS *quam in* TESTAMENTIS *quam in* LEGIBUS.

([154]) *Quo in genere*, continue-t-il, *etiam in republica multa peccantur,* et il cite comme exemple l'interprétation faite par un général qui ayant conclu un armistice de trente jours, ravageait de nuit les campagnes de l'ennemi, alléguant que dans l'armistice, il était question des *jours* et non des nuits.

([155]) L. 6, L. 19. Jud. solvi (**46**-7). L. 69 de V. S. (**50**-16).

peut entraîner aucune conséquence préjudiciable. Les nécessités naturelles du commerce juridique firent trouver des garanties contre des dangers que nous ne connaissons plus que dans des proportions bien plus restreintes. Telle fut à Rome l'origine des formulaires d'actes dont nous parlerons au § 53, et celle de l'adjonction, mentionnée déjà au § 47, d'un juriste, lors de la confection du projet de convention *(cavere)*. D'un autre côté, à ce désavantage que présentait l'interprétation littérale, il faut opposer tout ce qu'elle faisait gagner en sûreté au commerce juridique. Nous avons déjà fait ressortir ce point dans notre examen général de l'interprétation littérale. Lorsque toute la valeur d'un acte réside dans les termes dans lesquels il est conçu, il n'est point d'art, point d'interprétation qui puisse altérer la portée d'un mot bien choisi. Le résultat de l'interprétation est prévu et certain. Il est loin d'en être de même dans l'interprétation logique où le sentiment individuel du juge joue un rôle prépondérant. Dangereuse aux ignorants et aux imprudents, cette rigueur de l'interprétation présentait à l'homme de science, à l'homme prudent, plus d'avantages que d'inconvénients.

Enfin il ne faut pas oublier combien l'interprétation littérale contribua à la formation d'une *langue scientifique* dont la fixité et la richesse influèrent si puissamment sur le droit romain. C'est ce que nous révèle. la tendance *philologique* si prononcée des travaux des juristes romains, et nous découvre le motif de leurs explications *de verborum significatione, de verbis priscis*, etc., ([156]). Pareille tendance est étrangère à nos juristes modernes.

2. *Interprétation des lois.*

Une méprise dans les mots à propos d'actes juridiques, ne

([156]) La plupart des fragments d'anciens jurisconsultes qui nous ont été conservés dans les écrits d'auteurs plus récents contiennent des explications philologiques; v. la collection de ces fragments dans HUSCHKE, Jurisp. antej., p. 1, s.

lèse qu'une seule personne, et le plus souvent la méprise lui est imputable à elle-même. Le dommage qui en résulte n'est que passager. Tout autrement grave est la méprise commise par le législateur: tous les citoyens en pâtissent, et ils n'en peuvent mais. Bien plus, si la loi n'est pas abrogée, le dommage se perpétue. Il en résulta, que, bien que les mêmes principes réglassent l'interprétation des actes juridiques et celle des lois, l'ancienne jurisprudence dut se relâcher de sa rigueur dans l'application de la seconde. Certainement dans les lois aussi les mots jouent un grand rôle; mais, comme on a vu (t. I, p. 347) les Romains parvenir à concilier l'autorité qu'ils attribuaient aux auspices avec les inéluctables exigences de la vie, ils sûrent restreindre dans des limites supportables et pratiques, la soumission qu'ils professaient pour les termes de la loi.

Les exemples d'interprétation qui nous ont été conservés, semblent, il est vrai, démentir ce qui précède. C'est le culte des mots dans toute sa rigueur. Que l'on en juge: On connait le passage de la loi des XII tables sur la succession ab intestat: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.* Presque chacun des mots de ce texte est devenu la source d'une disposition de droit importante, et même de dispositions auxquelles jamais le législateur n'avait songé. Elles ne reposaient donc pas sur la volonté du législateur, elles puisaient leur origine dans le *mot*. Du mot *intestato*, d'abord, on conclut que lorsque l'adition de l'hérédité n'avait été faite que par un seul parmi plusieurs héritiers testamentaires, les parts vacantes n'appartenaient pas, comme on pourrait le supposer, aux héritiers ab intestat; en effet la condition sous laquelle la loi les avait appelés était l'*intestato mori* du défunt; or, on ne peut réputer mort *intestatus* celui dont l'hérédité à été acceptée, ne fût-ce que par *un seul* de ses héritiers testamentaires. Le mot *moritur* ensuite fit ériger en condition que celui qui voulait prétendre à l'hérédité devait exister (ou du moins être conçu)

au moment de la mort du *de cujus* ([157]). Viennent les mots : *agnatus proximus*. Le mot *proximus* servit de prétexte à l'exclusion de la *successio graduum;* les mots suivants : *si agnatus nec escit* causèrent l'exclusion de la *successio ordinum.* On ne vit, en effet, dans ces deux passages que le sens absolu de leurs termes : lorsqu'au moment de la mort du de cujus, un plus proche agnat *existait,* était en vie, peu importait qu'il décédât ensuite avant l'adition de l'hérédité, ou qu'il y renonçât, cela suffisait pour écarter l'agnat suivant, car il n'était pas le *proximus* au moment de la mort du de cujus. Les *gentiles* étaient également exclus dans ce cas, car il n'étaient appelés que *si agnatus* NEC ESCIT : la mort ou la renonciation subséquente de l'agnat ne pouvait détruire le fait de son *existence.* C'était là, après tout, un excès de rigueur dans l'interprétation littérale, car un examen impartial doit démontrer que dans la succession ab intestat, le plus éloigné n'est pas exclu par lui-même et absolument, mais seulement dans l'intérêt du *plus proche;* que par conséquent lorsque celui-ci vient ensuite à être écarté, il n'existe pas de motif pour que le plus éloigné ne soit pas appelé : il est devenu le plus proche, sinon absolument, du moins relativement à l'hérédité qui échappe à l'autre. Inscrites dans une loi moderne, nous interpréterions ces expressions dans un sens *relatif:* l'agnat le plus proche, dirions-nous, est celui qui n'en rencontre pas de plus proche devant lui; les gentils seraient pareillement admis à recueillir l'hérédité dans le cas où il n'existerait aucun agnat, dans le sens ci-dessus, c'est-à-dire, lorsqu'aucun ne pourrait ou ne voudrait faire valoir un droit à l'hérédité. La jurisprudence romaine du droit nouveau appliqua cette interprétation au droit d'hérédité prétorien ([158]).

([157]) L. 6 de suis (**38**-16), *lex XII tabul. eum vocat ad hereditatem, qui* MORIENTE *eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.* Les mots *moriente eo* font allusion à : *intestato* MORITUR.

([158]) L. 1, § 10 de succ. ed. (38-9).. *Cœteris bonorum possessio perinde*

Une *lex Atilia* portait qu'il serait établi d'office un tuteur aux mineurs et aux femmes qui n'en auraient point. La loi ne s'était pas prononcée sur le cas où il existait un tuteur, mais incapable de gérer la tutelle, soit par suite de folie, de surdité, ou pour toute autre cause. Que restait-il à faire en pareille occurrence ? Aujourd'hui, nous prendrions pour point de départ le but de la tutelle, et nous dirions que la situation reste toujours la même, qu'il n'y ait pas de tuteur, ou que le tuteur soit frappé d'incapacité. Nous dirions que du moment que la loi juge un tuteur nécessaire, sa disposition doit être appliquée dans l'un cas comme dans l'autre. La jurisprudence ancienne au contraire s'en tenait rigoureusement aux *termes* de la loi : « *personnes qui n'ont pas de tuteur* » ([159]). Une personne, disait-elle, dont le tuteur est fou ou autrement incapable, *a* un tuteur; par conséquent, il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition de la loi. Il fallut plusieurs sénatusconsultes pour détruire cette doctrine dans toutes ses applications ([160]).

Comme dernier exemple citons encore le passage de la loi des XII tables que nous avons déjà rencontré, (t. II, p. 179) sur la vente du fils faite par le père : *Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto.* Les juristes postérieurs auraient étendu l'expression *filius* aux filles et aux petits-fils ([161]), les anciens l'appliquaient rigoureusement au *fils* seul.

Ces exemples ne semblent laisser aucun doute que la jurisprudence ancienne, dans l'interprétation des lois, ne s'en soit rigoureusement tenue au mot. A mon avis cependant il faut

---

competit, AC SI PRIOR EX EO NUMERO NON FUERIT; L. 2 pr. de bon. lib. (38-2).. *Sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent.*

([159]) ULP., XI, 18, dit : *Mulieribus pupillisve* NON HABENTIBUS *tutores.* GAIUS, I, § 185 et les Institutes in pr. de atil. tut. (1-20) disent : *si cui* NULLUS *omnino tutor* SIT.

([160]) L. 17 de tut. (26-1).

([161]) L. 84 de V. S. (50-16) : *filii appellatione omnes liberos intelligimus.*

absolument rejeter cette opinion ([162]). Pour nous en convaincre, nous allons énumérer une série de cas dans lesquels la jurisprudence s'est incontestablement écartée du mot.

La loi des XII tables fixe le délai d'usucapion à deux ans pour le *fundus*, pour les *ceterae res* à un an. Dans quelle catégorie fallait-il ranger les maisons ? A s'en tenir à l'interprétation littérale elles appartenaient évidemment aux *ceterae res* ([163]): cependant l'interprétation les assimila, avec raison, dans la pratique, au *fundus*. Le droit pour le propriétaire de ramasser les fruits, etc., tombés sur le fonds voisin, est inscrit dans la loi des XII tables ([164]), mais en termes à la fois trop étroits et trop larges. Trop étroits, en ce sens que la loi ne parlait que de *glans* (glands ou fruits glanduleux, par exemple, marrons); trop larges, car elle ne soumettait l'exercice du droit a aucune restriction. Une interprétation littérale du texte de la loi, aurait dû excepter tous les autres fruits en dehors de ceux nommés; elle aurait dû aussi reconnaître au propriétaire le droit de se rendre en tous temps, la nuit, le jour, deux, trois fois, sur le fonds du voisin. Mais, il n'en fut rien ([165]). La loi portait que l'esclave auquel son maître avait légué la liberté moyennant le paiement d'une certaine rançon, pouvait se libérer non-seulement vis-à-vis de l'héritier, mais encore, si celui-ci l'avait vendu, vis-à-vis de l'*emtor*. On attacha à cette expression le sens le plus

([162]) On n'a jamais essayé de l'établir scientifiquement, sinon on se serait aussitôt aperçu de l'impossibilité de cette théorie. On la rencontre cependant occasionnellement exprimée même chez nos meilleurs historiens du droit. V. par exemple, Keller, Pandekten, § 458, (1 édit., p. 875) : « d'après le mode rigide d'interprétation de cette époque ancienne, » on s'en tint rigoureusement au mot. »

([163]) C'est aussi ce que remarque Cicéron, Top., c. 4 : *at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus.*

([164]) Plin. Hist. nat., XVI, 5.

([165]) Quant au premier point ce fut la jurisprudence qui y rémédia. L. 1, § 1 de glande leg. (**43**-28); quant au second, ce fut le Préteur. L. 1, p. ibid.

large, et on l'étendit à toute personne qui avait acquis la propriété de l'esclave ([166]). Ce fut ainsi également que l'on comprit les enfants du patron dans l'expression *patronus* ([167]). Une interprétation littérale des termes de la loi des XII tables sur lesquels s'appuyait l'*act. aquae pluviae arcendae: si aqua pluvia* NOCET, aurait restreint l'action au cas où un dommage était déjà causé. Mais la jurisprudence traduisit le mot *nocet* dans le sens de *pouvoir nuire* ([168]). Dans la succession ab intestat, la loi appelait le *suus* et *agnatus proximus*. Si l'on avait voulu arguer ici de l'emploi de la forme masculine, les femmes auraient été exclues de la succession ab intestat. On aurait même pu contester le droit des *sui* masculins; la loi ne le leur avait pas accordé expressément, elle ne l'avait que tacitement supposé. Bien plus, celui qui aurait voulu prendre rigoureusement à la lettre les mots : *si intestato moritur,* devait aboutir à ne plus même reconnaître de succession ab intestat lorsque le testateur était mort en laissant un testament, peu importe que les héritiers institués fissent adition ou renonçassent. Sur le droit d'hérédité testamentaire, la loi des XII tables ne contenait que cette célèbre disposition : *uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto.* A quels résultats eût conduit cette disposition prise dans toute l'étendue de ses termes ! Plus de *capitis deminutio* du testateur, plus de condition de capacité pour succéder chez les héritiers, etc., etc. Cette restriction et d'autres furent donc introduites par la jurisprudence dans la loi, contrairement au texte ([169]).

([166]) L. 29, § 1 de statul. (40-7).. *Quoniam lex XII tab.* EMTIONIS *verbo* OMNEM ALIENATIONEM *complexa videretur, non interesset, quo genere quisque dominus ejus fieret.*

([167]) Vat. fragm., § 308 : *in XII patroni appellatione etiam* LIBERI *patroni continentur.* Cf. Coll. XVI, 8, § 2.

([168]) L. 21 pr. de statul. (40-7)... *sic et verba legis XII tabul. veteres interpretati sunt : si aqua pluvia nocet i. e.* NOCERE POTERIT.

([169]) L. 120 de V. S. (50-16)... *sed id* COANGUSTATUM *est vel legum vel*

Mais en voilà assez. Ces citations prouvent suffisamment que l'ancienne jurisprudence n'était pas l'esclave aveugle du texte de la loi : elle savait aussi se soucier des résultats. Au courant des exigences de la raison, et des besoins de la vie pratique, elle interprétait les lois en conséquence. En dépit de leur respect pour les textes, les Romains avaient trop de bon sens pour sacrifier à une méprise du législateur leurs convictions et les intérêts de la vie. Nous pouvons donc admettre que ce ne fut point une soumission servile au mot qui le laissa triompher dans certains exemples cités ci-dessus, mais que ce fut là un résultat *voulu* auquel le mot servit de prétexte. Ce qui le prouve dans ces exemples, c'est que, lors même que l'on n'eût pas reconnu déjà que la succession testamentaire et la succession ab intestat pouvaient coexister, il n'y aurait eu aucune difficulté à interpréter en ce sens les mots : *si intestato moritur.* Il suffisait de ne pas prendre le mot *intestatus* dans le sens le plus rigoureux (p. 143 s.). L'argument tiré du mot *moritur*, pour conclure que l'héritier devait avoir vécu au moment de la mort du *de cujus* n'était également qu'un prétexte ; la proposition contraire était parfaitement compatible avec les termes de la loi. Dans le cas où les héritiers testamentaires faisaient défaut, on rapportait même le mot, non à l'époque de la mort du testateur, mais au moment de l'ouverture de la succession ab intestat. L'exclusion de la *successio graduum* et *ordinum* fondée sur les termes cités de la loi des XII tables, paraît provenir du désir d'accorder accès à l'hérédité aux simples parents du sang *(cognati)*, complétement perdus de vue par la loi. Plus tard cette tendance se manifesta clairement, la réaliser fut un des buts principaux de la *bonorum possessio* du Préteur.

AUCTORITATE JURA CONSTITUENTIUM. § 16, I. de lege Aq. (4-3). *Illud non* EX VERBIS *legis, sed* EX INTERPRETATIONE *placuit*, etc. CIC., de off., III, 15. *Nam quum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata... a* JURECONSULTIS *etiam reticentiae poena est constituta.*

Pour saisir toute la portée de l'étrange interprétation de la *lex Atilia*, dont nous venons de parler (p. 145), il est nécessaire de se rappeler que le caractère de la tutelle du droit ancien, était tout autre que son caractère moderne. La tutelle, aujourd'hui, est uniquement instituée dans l'intérêt du mineur : la tutelle romaine ancienne était en même temps un droit du tuteur. La *patria potestas* avait, aussi bien que la tutelle, mission d'élever et de protéger les personnes qui lui étaient soumises : or, ni la folie ni l'incapacité du père ne pouvaient la lui faire perdre. Pourquoi ? c'est qu'elle était un droit du père (comme la *manus* sur la femme était un droit du mari). Il devait donc en être de même de la tutelle, et rien ne force à admettre qu'on se soit résigné, en cette matière, par pur amour pour l'interprétation littérale, à accepter une conséquence que partout ailleurs on répudiait comme fausse. Sans doute, cette disposition a été abrogée plus tard, mais cette circonstance n'infirme nullement ce que j'avance : cette modification se rattache à la transformation fondamentale qui s'opéra plus tard dans l'organisation de la tutelle.

Quant au dernier exemple rapporté ci-dessus, quant à la disposition concernant la vente du fils, il faut l'apprécier de la même manière que l'exclusion de la *successio graduum et ordinum*. On s'attacha avec intention à la lettre pour rendre plus étroite la disposition même : l'interprétation littérale procédait *par tendance*. Déjà à l'époque de la loi des XII tables l'opinion publique était défavorable au droit de vente du père. On en trouve la preuve dans ce seul fait que la loi n'en autorisait que trois fois l'exercice. Sous l'empire du même esprit, la jurisprudence restreignit la disposition de la loi au fils, et décida qu'à la suite *d'une seule vente* les filles et les petits-fils seraient affranchis de la puissance paternelle. Cela démontre bien incontestablement l'esprit qui animait la jurisprudence. Si l'on avait agi en dehors de tout parti pris, au lieu de décider que puisque la loi n'avait nommé que le fils, la fille et les petits-fils deviendraient libres au moyen *d'une seule* vente, on

aurait dû conclure, au contraire, que le droit de vente du père, à leur égard, n'était soumis à *aucune* restriction.

Nous avons dit plus haut (t. II, p. 65), que la jurisprudence ancienne, malgré le caractère rigoureux de l'interprétation littérale, se refusait à se plier d'une façon absolue au texte de la loi : Sous ce rapport, on pourrait presque affirmer qu'elle avait plus de liberté que notre jurisprudence actuelle. Les explications dans lesquelles nous venons d'entrer confirment cette assertion. La jurisprudence ancienne, en effet, ne se bornait pas à expliquer le contenu de la loi, elle l'interprétait comme elle *voulait* l'avoir; soumise en apparence à la loi, elle se plaçait en réalité au-dessus d'elle. Plus d'une de ses explications démentait le texte et le sens de la loi, elle ne pouvait se dissimuler qu'en maintes circonstances elle se faisait un jeu des termes de la loi. L'*exactitude* de l'interprétation, soit des termes, soit de la pensée du législateur, n'était pas seule décisive pour l'adoption ou le rejet d'une décision, la convenance, l'opportunité pratique était le véritable criterium. Les anciens jurisconsultes auraient-ils donc été assez peu clairvoyants pour ne point s'apercevoir de la faiblesse de plus d'une de leurs explications? Non; c'est qu'ils ne *voulaient* pas s'en apercevoir, c'est que, de propos délibéré, ils ne *voulaient* pas se montrer difficiles sur le choix des motifs lorsque la nécessité pratique était là qui commandait. Le besoin pratique, l'intérêt de l'art juridique, en un mot des considérations étrangères à l'interprétation pure, comme telle, étaient rangées en ligne de compte : la conviction de la valeur interne de l'opinion émise tranquillisait la conscience de l'exégète sur la faiblesse des motifs extérieurs. Lorsqu'on crut devoir songer à conserver le patrimoine dans la descendance masculine, et probablement encore avant que la *lex Voconia* eût donné l'exemple d'une diminution du droit héréditaire des femmes, les juristes opinèrent, *subtilitate quadam excogitata,* comme dit JUSTINIEN (170),

(170) L. 14 C. de legit. her. (6-58).

que la loi des XII tables avait voulu restreindre le droit ab intestat des femmes aux sœurs agnatiques. Comment ces juristes auraient-ils osé émettre une pareille opinion, s'ils n'avaient pas eu conscience que leur mission n'était pas seulement d'interpréter la loi, mais de la plier aux intérêts et aux besoins de l'époque? A mesure que variaient ces besoins, variait l'interprétation. Telle époque réclamait l'usucapion de l'hérédité, et l'institution fut créée; telle autre put s'en passer, et il n'y eut plus d'usucapion d'hérédité, elle disparut ou comme dit Gaius [171], on ne crut plus *possible* que des hérédités pussent être usucapées! En un mot, l'interprétation ancienne suivait le mouvement de la vie juridique.

Loin de lui être un reproche, c'est l'honneur de la jurisprudence ancienne d'avoir cherché à adapter la loi aux besoins de la vie et aux exigences de l'époque au lieu de rester vis-à-vis d'elle dans une soumission aveugle. Sous ce rapport elle fut le précurseur du Préteur. Tous les deux, et souvent aux dépens du droit *légal,* ont exercé une action progressive et importante sur la formation du droit. D'après notre conception moderne, la jurisprudence n'aurait eu d'autre mission que d'*appliquer* les lois, ou de *faciliter* leur application. Mais cette mission précisément fournit l'occasion d'apprécier la valeur des lois, de constater leurs défauts, de rencontrer leurs lacunes, elle permet de juger si, pratiques à l'origine, elles n'ont pas cessé de l'être dans la suite: et alors, aussi longtemps qu'on ne sera point parvenu à étouffer chez ceux qui sont chargés de l'administration de la justice tout germe d'un sentiment juste, d'une idée saine, ce sera toujours chez ceux-là qui y tiennent de plus près qu'une loi irrationnelle rencontrera la première opposition. Que l'on blâme la chose, en théorie, que l'on défende catégoriquement au juge de traduire en fait son opinion sur l'oppor-

(171) Gaius II, 54... *postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse.*

tunité de la loi, rien n'empêchera jamais que toute loi frappée de condamnation par les juristes ne doive finir par disparaître. De parti pris ou non, la main du juge se lasse, le bras de la justice se paralyse, la sagacité de l'exégète fournit tous les moyens de violer et de miner la loi, d'introduire des conditions inconnues à la loi, d'expliquer les mots, selon les besoins, dans un sens plus ou moins large, et comme par une entente tacite, les déductions les plus forcées mêmes sont acceptées sans contestation. *La logique elle-même cède devant l'intérêt.* Cette guerre tranquille des juristes contre la loi se reproduit chaque fois que le pouvoir public néglige d'abroger une loi dont le temps a rendu l'application impossible. L'histoire de la législation criminelle de Charles V, en Allemagne, dans les temps modernes, nous fournit un exemple de cette réaction naturelle du sentiment juridique contre l'oubli des législateurs. Les changements qui s'introduisaient dans les sentiments, dans les idées, firent de plus en plus prendre en aversion la rigueur des dispositions pénales. A mesure que grandissait cette aversion, l'art des interprètes devint plus ingénieux à effacer ces rigueurs et l'un d'eux put même se vanter qu'il n'en avait pas laissé une lettre debout. Lorsque l'on examine les interprétations du genre de celles dont nous avons cité quelques exemples, il ne faut jamais oublier leur origine, leur but et leur tendance; sinon on a peine à comprendre, illogiques et violentes comme elles paraissent, qu'elles aient pu être acceptées et même qu'elles aient pu être sérieusement établies ([172]).

([172]) Plusieurs savants théoriciens de nos jours se sont trouvés dans cette situation vis-à-vis des interprétations de praticiens antérieurs, et se sont ingéniés à en découvrir l'inexactitude. Il eût été plus méritoire de se demander si ces prédécesseurs auraient été aveugles au point de prendre pour des vérités des contre-vérités évidentes. On eût bientôt découvert le motif de leur façon de procéder. Contrairement à l'exemple donné par les juristes romains, et au précepte de la L. 23. de leg. (1-3) : *minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt,* on ne se

Voilà les règles qui guidaient l'interprétation ancienne. *Au fond,* motivées par un besoin impérieux de la vie pratique, toutes ses innovations défiaient la critique. Le reproche que CICERON ([173]) adressait aux juristes anciens, d'avoir corrompu le droit ancien, ne contient rien de sérieux. Cette corruption n'était pas leur fait, mais bien celui de la nation. Eussent-ils voulu arrêter le courant de l'époque, le torrent les aurait emportés et se serait frayé une autre voie. Mais leur art savait pourvoir au nécessaire et suppléer à la législation, et celle-ci n'aura eu à intervenir que dans les cas où la jurisprudence aura été impuissante à satisfaire aux besoins juridiques de l'époque.

L'interprétation ancienne mérite donc, pour son temps, le titre de *viva vox juris civilis* que l'on donna plus tard au Préteur. Elle n'était pas un écho, mais l'organe vivant du droit. Simple *explication,* si l'on s'en tient à son nom, elle renfermait en fait la transformation complète, et tout le progrès de l'esprit juridique de l'époque. Tel fut aussi l'avis des Romains, au moins de ceux de l'époque postérieure. Ils appelèrent les juristes anciens : *veteres qui tunc jura condiderunt* ([174]), et désignèrent

---

fût pas laissé entraîner à porter la main sur des règles que la pratique a établies *pour elle-même,* et pour lesquelles elle ne cherchait dans les sources qu'un point d'appui extérieur quelconque, quelle que fût sa fragilité. Tel est le cas, par exemple, à mon avis, pour l'*actio spolii* et le *summariissimum,* que Savigny rejette avec tant de hauteur, et malheureusement avec tant de légèreté. V. dans le même sens : DELLBRÜCK, *Die dingliche Klage des deutschen Rechts,* p. 88-91 ; STOBBE, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen,* II, p. 122, note 29 ; BÄHR, dans les *Jahrbücher* d'IHERING, T. 13, p. 284.

([173]) Dans le passage bien connu : pro Murena, c. 12... *nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt.* Il convint lui-même plus tard que ces mots avaient été dits *apud imperitos.* V. de finibus IV, 27.

([174]) GAIUS, IV, 30.

le *jus civile* (dans le sens étroit) comme le droit des juristes ([175]).

Riche et féconde pour le *fond* du droit, cette doctrine ancienne se caractérise encore par cet autre élément qui lui est propre, et dont j'ai déjà parlé : son attachement au point de vue de la *forme*, aux lois existantes. Les Romains eux-mêmes en font également la remarque ([176]). La jurisprudence n'osait pas encore se donner le rôle de puissance créatrice : elle a osé plus tard, et c'est précisément à Rome qu'elle a joué son plus beau rôle. Jusque là ses efforts tendirent toujours à se couvrir de la loi. S'il était donné à nos regards de pénétrer plus profondément dans l'histoire de son développement, nous découvririons dans maintes de ses règles les fils, souvent bien légers et bien superficiels qui les rattachent à la loi.

Il se présente enfin une dernière question qui aurait déjà dû être traitée dans les chapitres qui précèdent, mais qui ne peut, me semble-t-il, être résolue qu'à cette place. Comment la jurisprudence ancienne considérait-elle le fait d'éluder la loi ? Conformément au principe de l'interprétation littérale, elle aurait dû passer condamnation lorsqu'il s'agissait des lois comme lorsqu'il s'agissait d'actes juridiques. Éluder la loi, en effet, c'est contrevenir, non point à ses *termes*, mais seulement à son intention réelle ([177]) : or, c'est là un élément que l'interprétation littérale comme telle ignore en principe. Nous ne possédons, pour résoudre cette question, que des matériaux fort restreints. Il est bien fait mention de cas où des lois de l'époque ancienne ont été éludées, notamment les lois sur le

([175]) L. 2, § 5 de orig. jur. (1-2)... *hoc jus quod sine scripto venit, compositum a prudentibus.*

([176]) V. par exemple, Pomponius dans le passage de la note précédente où il désigne le droit des juristes comme le résultat de l'*interpretatio.*

([177]) V. note 153.

taux de l'intérêt ([178]), sur la *provocatio* ([179]); mais de pareilles *tentatives* se rencontrent à toutes les époques. Il s'agit de savoir comment le droit considéra et traita ces fraudes. Nous ne trouvons sur ce point aucune réponse claire et précise. Il semble toutefois que ces tentatives de fraude étaient couronnées de succès et que le droit ne les frappait point d'une nullité absolue ainsi que le fit l'époque postérieure. Je ne sache qu'un seul cas qui soit nettement résolu et il l'est contrairement aux prévisions qu'a dû faire naître ce qui précède. LICINIUS STOLO, le célèbre auteur des rogations qui ont reçu son nom, avait éludé sa propre loi agraire, en émancipant son fils et en lui transmettant la partie de ses possessions agricoles excédant la mesure de la loi : il fut, comme le rapporte TITE-LIVE ([180]), condamné d'après sa propre loi : *quod emancipando filium fraudem legi fecisset.* La véracité de ce témoignage ne peut être mise en doute ; je crois cependant qu'il serait téméraire d'y voir la réponse définitive à la question dont il s'agit. Ce fut, en effet, le peuple qui condamna LICINIUS ([181]) : or, sachant comment le peuple exerçait sa juridiction (T. II, p. 45), il serait difficile d'après sa manière de voir, de préjuger de celle du juge ordinaire. Dans tous les cas on peut opposer à ce témoignage unique, bon nombre d'actes apparents du droit ancien constituant une fraude directe à des dispositions légales ([182]) ; la législation elle-même

---

([178]) TACITE, Ann. VI, 16 : *multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursus oriebantur ;* V. des exemples dans TITE-LIVE, II, 31, XXXV, 7.

([179]) Du moins les termes par lesquels TITE-LIVE, X, 9, parle de leur *troisième* rédaction : *legem tulit* DILIGENTIUS *sanctam* semblent indiquer que la nécessité de les rédiger plus soigneusement résultait de ce qu'on les avait éludées.

([180]) TITE-LIVE, VII, 16.

([181]) Les contrevenants à la loi étaient attraits par les édiles devant le *peuple* pour être punis d'une amende v. TITE-LIVE, X, 13.

([182]) CICERON pro Murena c. 12. *Nam quum permulta praeclare legibus*

éludait une loi antérieure lorsqu'elle reculait devant son abrogation expresse ([183]). Ni l'un ni l'autre de ces cas ne pourrait se présenter à une époque qui jugerait la fraude à la loi avec nos idées d'aujourd'hui ou celles des juristes romains postérieurs. Peut-être en est-il de cette question comme de l'interprétation des lois en général : la jurisprudence consacrait en principe le droit d'éluder la loi; elle-même dans ses actes apparents, partait de cette base; mais lorsque dans un cas particulier la fraude à la loi devait froisser le sentiment juridique ou blesser des intérêts supérieurs, elle savait, grâce à son génie, trouver le moyen de rappeler tout le monde au respect de la légalité.

C. *Le formalisme.*

1. *Essence et importance pratique du formalisme.*

Définition de l'acte formel et non formel. — Critique du formalisme au point de vue pratique et moral. — Avantages et désavantages généraux et spéciaux du formalisme. — Rapport variable entre eux.

50. De tous les traits de caractère du droit ancien, aucun ne frappe plus vivement l'attention même la plus superficielle, que le formalisme qui lui est propre. Cette impression que nous subissons tout d'abord ne dépend ni de nous, ni de l'étrangeté de ce phénomène auquel le droit nouveau nous rend moins fami-

---

essent constituta, ea jureconsultorum ingeniis pleraque corupta ac depravata sunt.

([183]) L'exemple principal est fourni par la *Lex Furia* sur le montant des legs; la loi n'abrogea pas la disposition de la loi des XII tables : *uti legassit, ita jus esto,* par rapport au montant fixé par elle pour les legs, mais elle l'éluda en frappant le légataire qui prenait plus, de la peine du quadruple. T. IV, § 62.

liers. Ce trait de caractère est si fortement accusé, si logiquement poursuivi, que même l'idée de liberté qui s'en rapproche le plus, et comme lui domine tout le droit public et privé, ne peut lui être comparée. Aucun principe matériel autre que celui de la forme ne pouvait attendre une réalisation aussi large, aussi absolue; aucun élément du droit ancien ne s'est conservé aussi longtemps; *les formes romaines ont survécu à la liberté romaine.*

Il existe un rapport particulier entre ces deux idées fondamentales du droit romain, la forme et la liberté. Malgré leur contradiction apparente, — car l'une garantit la liberté la plus illimitée de la volonté *matérielle,* tandis que l'autre la restreint étroitement au point de vue *formel,* — elles trahissent cependant, par le parallélisme de leurs lignes de développement, leur dépendance mutuelle et réciproque et laissent deviner un rapport caché qui les enchaîne étroitement. Le plus complet épanouissement de l'ère de la liberté, marque aussi le règne de la plus pénible rigueur dans la forme. La forme se relâcha de sa sévérité, en même temps que sombrait insensiblement la liberté, et sous les ruines de celle-ci, lorsque sous la pression continue du régime césarien elle s'écroula toute entière à jamais, on vit disparaître aussi les formes et les formules du droit ancien. C'est déjà un fait qui doit nous rendre attentifs de voir la forme disparaître précisément à l'époque où le bon plaisir souverain s'était mis sur le trône, s'affirmant ouvertement et sans voiles comme principe suprême du droit public. Mais bien mieux encore l'époque des empereurs byzantins, l'oraison funèbre dont ils accompagnèrent la disparition de la forme, l'aversion et le mépris qu'ils lui témoignèrent ([184]), nous feront tou-

([184]) L. 1, Cod. de form. subl. (2-58) (ann. 342) *juris formulae* AUCUPATIONE SYLLABARUM *insidiantes*... L. 15, Cod. de testam. (6 23) (339) *quoniam* INDIGNUM *est ob* INANEM *observationem*.... L. 9. Cod. qui admitti ad B. P. p. (6-9) : *Verborum* INANIUM *excludimus* CAPTIONES. L. 17, Cod. de

cher du doigt le rapport qui existe entre la liberté et la forme. *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté.* La forme est en effet le frein qui arrête les tentatives de ceux que la liberté entraîne vers la licence : elle dirige la liberté, elle la contient et la protège. Les formes fixes sont l'école de la discipline et de l'ordre et par conséquent de la liberté, elles sont un boulevard contre les attaques extérieures : — elles savent rompre; plier, jamais. Le peuple qui professe le vrai culte de la liberté comprend d'instinct la valeur de la forme, il sent qu'elle n'est pas un joug extérieur, mais *le palladium de sa liberté.*

Ce n'est donc pas, on le voit déjà, un phénomène purement extérieur qui nous occupe : il s'agit d'un objet dont l'importance interne est considérable. Il appartenait à la philosophie du droit et à la jurisprudence romaniste positive de l'établir, mais il semblerait que la matière ait été à la fois trop spéciale et trop positive pour la première, et trop abstraite pour la seconde ([185]), car toutes les deux sont ici restées en défaut. Ayant ainsi, une fois encore, à nous mouvoir sur un terrain inexploré, nous sommes obligés d'interrompre de nouveau cette étude d'histoire pour entrer dans des considérations générales qui nous fraieront la voie.

La différence du contenu et de la forme ne se borne pas aux choses de la nature extérieure, elle s'applique également à celles

---

jure delib. (6-30) (407) *cretionum* SCRUPULOSAM SOLENNITATEM *hac lege penitus amputari decernimus.*

([185]) Le seul auteur qui s'en occupe et comme on peut s'y attendre d'une façon remarquable c'est SAVIGNY, System III, p. 238 et Oblig. R. II, 218. Je n'ai pu prendre connaissance qu'après la publication de cet ouvrage (1re édition, 1858) de l'écrit de : VON BÖLDERNDORF, *Die Form der Rechtsgeschäfte* etc. *Nördlingen,* 1857. Je n'y ai rien trouvé qui m'obligeât à changer quelque chose à mon travail.

de l'esprit; j'entends parler des formes du sentiment, de la pensée, de la volonté, etc., c'est-à-dire des moyens par lesquels les faits internes, les idées, les sensations, les résolutions, etc., acquièrent une expression et une existence extérieures. Mais dans l'une comme dans l'autre de ces applications, la différence en question n'a pas une existence *réelle*, elle n'est rien qu'une abstraction. La forme, c'est le contenu au point de vue de sa *visibilité*. La forme suppose toujours le contenu, il n'y a ni contenu sans forme, ni forme sans contenu. A moins cependant qu'il n'y ait un changement de forme, alors les choses apparaissent autres, mais en apparence seulement. La forme *définitive* que nous opposons au contenu, est précédée non par un contenu *sans forme*, mais par un contenu dans une *autre* forme, plus imparfaite.

Il en est de même de l'objet de notre étude, de la *volonté juridique*. Pour admettre l'existence de la volonté juridique, il faut qu'il soit possible de la reconnaître : or, son expression extérieure seule peut la faire reconnaître. Il n'y a donc pas d'acte de volonté sans forme; une volonté sans forme c'est ce couteau fameux qui n'avait ni lame.... ni manche. Cependant comme nous parlons de déclarations de volonté informes il faut évidemment que nous attachions au mot forme un sens autre et plus étroit : voyons ce qui en est.

Le droit peut laisser à la volonté, quant aux moyens de s'exprimer dans l'*acte juridique* ([186]), une liberté complète, de sorte que tout moyen quelconque, que ce soit le mot, l'action, le signe et même, le cas échéant, le silence, est propre à produire l'effet visé : il suffit que le contenu de volonté déterminé puisse être clairement aperçu. Le droit peut aussi restreindre la volonté dans le choix de ses moyens, ou bien en faisant tout dépendre de l'usage d'une forme d'expression déterminée, de

([186]) Pas n'est besoin d'expliquer que cette différence ne trouve application qu'aux actes juridiques et non aux délits, ni pour quelle raison.

sorte qu'en cas d'omission la volonté reste sans effet (peine de nullité), ou n'obtient qu'un effet réduit ([187]); ou bien en attachant à l'inobservation de la forme une peine complètement indépendante, par exemple, une amende fiscale ([188]), qui frappe l'auteur, sans affecter en rien l'effet de l'acte juridique. Les formes de la première espèce seules constituent la notion de l'*acte juridique formel.* Dans la seconde espèce l'acte juridique apparaît uniquement comme occasion extérieure d'entreprendre une autre action prescrite comme condition ([189]). L'acte *formel* peut se définir ainsi : *l'acte dans lequel l'inobservation de la forme juridiquement prescrite pour la manifestation de la volonté réagit sur l'acte lui-même* ([190]). Nous n'avons pas à nous occuper ici des conditions requises dans les actes juridiques, qui ne se rapportent pas à la forme de *l'expression de la volonté.*

Toute forme décrétée restreint la volonté dans le choix de ses moyens d'expression. Mais toute restriction de cette espèce ne suffit point pour faire de l'acte auquel elle s'applique un *acte formel.* L'expression de la volonté peut être restreinte d'une

---

([187]) Comp. par exemple, le *pignus publicum* et *privatum* du droit romain nouveau.

([188]) C'est ainsi que plusieurs de nos législations modernes ont assuré, au moyen d'amendes fiscales, l'usage du papier timbré. On peut rapprocher de cette distinction celle des *leges perfectae* et *minus quam perfectae,* en tant qu'elles prescrivent l'observation d'une forme déterminée.

([189]) Le contrat de louage avec les domestiques, dans notre droit actuel n'est pas devenu un contrat formel par la déclaration des domestiques à la police, malgré que cette déclaration soit commandée par les règlements.

([190]) La distinction que PUCHTA, *Pandekten,* § 250, veut encore établir dans cette notion, entre le manque de *validité,* et le défaut *d'action,* est insoutenable, et d'ailleurs impraticable. Ce qui en fait la base c'est une différence dans les formes romaines dont nous trouverons plus tard l'expression exacte, c'est-à-dire celle des formes *naïves* (populaires, coutumières) et des formes *à tendances* (introduites par la loi).

manière négative, lorsque la loi, par exemple, prohibe un certain mode d'expression (comme une déclaration tacite), lorsqu'elle défend la conclusion d'un acte dans tel endroit, ou dans tel temps; elle peut l'être aussi, et l'est d'une manière positive, lorsque sa forme d'expression est fixée d'une manière positive ([191]). Dans le premier cas, nous sommes en présence d'une *restriction de forme*, mais non pas d'un *acte formel*. La forme dont il a plu à l'auteur de revêtir son acte est sa propre œuvre, malgré les restrictions apportées à son choix : elle a toutes les qualités de la forme libre ou individuelle, tandis que l'acte formel, dont la validité dépend d'une forme légalement déterminée, est sévèrement lié à cette forme et ne comporte aucune liberté, aucun choix dans son mode d'expression.

L'acte juridique non formel, ou soustrait à l'obligation d'une forme absolue, n'est donc, d'après cela, qu'*une manifestation de volonté plus ou moins libre quant à la forme de son expression*, et l'on pourrait désigner par les mots : *forme libre* et *forme non libre*, d'un côté le défaut de formes et de l'autre le formalisme dans les actes juridiques. Cet élément de la *liberté*, seul, décide la question. C'est pour cette raison que les formes qui dépendent du libre choix des parties, par exemple, l'adjonction de témoins, la signature, ne peuvent faire du contrat auquel elles s'appliquent un *acte formel*. Peu importe, à cet égard, la solennité et la généralité de leur usage, du moment que leur observation n'est pas juridiquement nécessaire. Ce qu'il faut considérer, ce n'est point l'appareil *extérieur* de la forme, c'est son caractère juridique *interne*, c'est-à-dire sa nécessité juridique. La conclusion verbale d'une convention n'est pas une forme solennelle en elle-même, mais là où elle est prescrite par la loi, la convention devient une convention formelle. Il en est de même de l'adjonction de témoins. Le motif législatif qui a

([191]) Cette injonction de la loi peut aussi porter uniquement sur le lieu (par exemple, en justice, à la bourse, ou sur le temps).

fait soumettre un acte à telle ou telle forme déterminée est également indifférent en cette matière. La loi peut s'être laissée guider par diverses considérations, par exemple, assurer la preuve, empêcher la précipitation, prévenir le préjudice, etc. Si pour atteindre l'un de ces buts, la législateur n'a pas voulu s'en remettre à la prudence ou à la convenance des parties, peu importe que la forme réalise effectivement le but, peu importe qu'il puisse être atteint d'une autre manière, peu importe même que la partie ait trouvé une autre voie pour y parvenir : la loi elle-même est intervenue pour établir une marche exclusive et nécessaire.

Cette nécessité et ce caractère exclusif qui sont de l'essence de la forme non libre sont des éléments *extérieurs* et *positifs*. Toute forme de ce genre présente donc toujours un certain côté accidentel, arbitraire, quelle que soit la perfection logique de son développement dans l'histoire. La tradition, l'occupation, c'est-à-dire l'appréhension de la possession n'est donc pas un acte formel. Sa nécessité est toute *interne* et inséparable de l'état de choses qu'elle doit établir : la tradition est à la possession, en quelque sorte, comme la naissance est à la vie. Nous verrons (au 3e système) en étudiant la différence du *jus civile* et du *jus gentium,* que les juristes romains se sont fort bien rendu compte de ce caractère *positif* de certaines formes qui n'exclut pas la généralité et l'évidence logique du principe de l'indépendance de la volonté quant à la forme.

La distinction que nous venons d'établir entre la liberté et la contrainte quant à la forme d'expression de la volonté, en entraîne une autre, celle entre la forme *individuelle* et la forme *abstraite.* La forme libre est en même temps *individuelle*, elle se résume entièrement dans un acte déterminé, elle naît et meurt avec lui, allons plus loin, elle n'est autre chose au fond que la manifestation visible de l'acte lui-même. La forme non libre, au contraire, est en même temps *abstraite*, *stéréotypée.* En effet, bien qu'elle n'apparaisse que liée à un acte concret, elle a cependant, d'un autre côté, une existence indépendante

de cet acte, une existence *abstraite;* elle ne résulte pas de cet acte déterminé, elle s'y impose du dehors comme quelque chose qui lui est étranger et qui pour être n'a pas besoin de la conclusion de l'acte. Deux éléments distincts concourent à la formation de ce dernier : le contenu concret, et la forme, celle-ci déterminée d'avance, invariable. Ainsi s'explique la signification étroite que l'on attache habituellement, ainsi que nous l'avons vu plus haut, à l'expression *forme,* lorsque l'on considère comme des actes non formels, ceux dont la forme est entièrement abandonnée à la libre volonté des parties ([192]). Dans ces actes, en effet, la forme ne possède aucune existence propre, elle est un pur accident du contenu ; dans les actes formels, au contraire, la forme est réellement érigée en une quantité juridique propre, elle possède une existence indépendante. Nous avons vu (T. II, p. 93), que la distinction générale de l'individualisme et de l'égalité abstraite est une des pierres angulaires du droit romain ancien et nouveau. Nous en trouvons une nouvelle application dans cette différence entre les actes soumis, ou non soumis à des formes absolues. L'absence de formes, le formalisme seront désormais les expressions qui nous serviront à désigner cette différence.

L'absence de formes, d'après ce qui précède, apparait *a priori* comme le principe normal, parce qu'elle répond au rapport naturel qui existe entre la forme et le contenu, et le formalisme, à cause de son écart de ce rapport, représente le principe d'exception. Il semble permis de croire que ce rapport différentiel entre ces deux principes doit se vérifier aussi dans leur application aux actes. Il en est ainsi, en effet, dans le droit romain actuel qui forme aujourd'hui le droit commun de l'Alle-

([192]) C'est pour cela que les Romains désignent avec raison le principe de l'absence de formes comme principe de la volonté nue, *nuda voluntas,* par opposition à la *rigor juris civilis.* V. par exemple, ULP., XXV, 1, L. 18 de leg. III. (32).

magne. L'absence de formes y est la règle, le formalisme l'exception. Mais il en était tout autrement dans le droit romain ancien, seul objet de notre étude. L'histoire, ici, déjoue notre attente. Le droit positif aux prises avec le problème de la forme voit s'ouvrir devant lui trois solutions différentes, qui sont : la combinaison des deux principes, l'absence complète de formes et le règne exclusif du formalisme. Or, si l'on affirme que de ces trois solutions il n'y en a que deux qui se soient jamais réalisées, nul ne doutera, à première vue, que ce ne soient les deux premières, et grand sera l'étonnement d'apprendre qu'on ne rencontre nulle part la deuxième, tandis que la troisième s'est parfaitement réalisée dans l'histoire. L'enseignement qui ressort de là, c'est que le droit ne souffre point le manque absolu de la forme et qu'il préfère encore un formalisme à outrance.

Cette prédilection du droit pour la forme semble trahir soit une nécessité interne, soit une utilité propre à la forme et répondant au but du droit. Mais si fondée que puisse paraître cette conclusion, ce serait cependant une erreur de vouloir découvrir uniquement dans les avantages *pratiques* du formalisme, le motif de son apparition historique. Pour prévenir cette erreur, il y a dans l'étude qui va suivre une distinction rigoureuse à établir entre *la valeur pratique du formalisme* et *les causes de son apparition historique.*

Valeur pratique du formalisme.

Le formalisme est certainement, de toutes les matières du droit, celle qui peut le plus aisément égarer le jugement de la philosophie abstraite ([195]). Le philosophe de profession, qui ignore les intérêts techniques propres et les nécessités du droit, ne peut voir dans le formalisme que la victoire du matérialisme en droit et le bouleversement du rapport naturel entre la forme

---

([195]) V. une preuve dans HEGEL, *Rechtsphilosophie,* § 217.

et le contenu des choses. Adonné à l'étude de l'essence même des choses, il doit blamer un système qui ne lui présente qu'une exagération de la forme sèche et nue, il doit repousser ce culte méticuleux du signe extérieur, en lui-même sans valeur et sans importance, il doit prendre en pitié l'insuffisance, la misère de l'esprit qui anime tout le formalisme et qui s'y étale. Il faut bien l'avouer, l'ignorant ne peut s'intéresser en rien à cette partie de notre technique juridique. Et ne serait-ce pas là qu'il faut chercher le motif pour lequel jusqu'ici la philosophie du droit l'a à peine effleurée? Il s'agit cependant d'un phénomène qui, précisément parce qu'il est fondé sur l'essence la plus intime du droit, se répète et se répètera toujours dans le droit de tous les peuples ([194]).

Pour le comprendre exactement, il faut considérer à la fois l'histoire et le droit pratique. La première trouvera place au § 51. Nous allons nous occuper ici du second. A ces fins nous

([194]) Depuis l'apparition de la 1e édition allemande de cet ouvrage, la littérature juridique s'est enrichie de deux ouvrages remarquables qui viennent à l'appui de cette remarque. Ils se rapportent à la procédure allemande et française anciennes: ce sont les ouvrages de SIEGEL, *Die Gefahr vor Gericht und im rechtsgange* (*Sitzungsberichte der Wiener Akademie,* T. 51, p. 21 s.) et BRUNNER, *Wort und form im altfranzösischen Prozess,* (ibid. T. 57, p. 655 s.), lesquels ont paru tous les deux séparément, et valent autant pour le fond que pour la forme. Le jugement des juristes s'est complètement trompé sur ce phénomène ainsi que le démontre l'exemple d'HEINECCIUS, l'un des historiens du droit les plus profonds et les plus considérables du siècle passé. Dans ses Antiq. jur. Rom. III, 14, il rapporte l'introduction des formes romaines des conventions à l'égoïsme des patriciens : *patricii quorum intererat plebem litibus quam plurimis implicari, a naturali simplicitate* (l'absence de formes) *descivérant!* A notre époque même on a jugé nécessaire d'attribuer à la *religion* l'origine des formules de la procédure antique de Rome (v. § 53) comme si la forme était quelque chose d'étranger au droit, qui aurait dû être imposé du dehors ! En présence de pareilles erreurs, la nécessité du travail qui suit n'a plus besoin de justification.

exposerons d'abord la question inscrite à la rubrique, de la valeur juridique pratique du formalisme, en comparant successivement ses avantages et ses désavantages.

1. *Les désavantages de la forme.*

Je commence par ceux-ci parce qu'ils s'imposent tout d'abord et sans efforts à un examen impartial, tandis que les avantages exigent des recherches scrupuleuses, et réclament, je dois bien l'ajouter, un œil juridique pour les découvrir. Il en est du formalisme comme de tant d'autres organisations : tout le monde constate leurs imperfections, personne ne convient de leurs bienfaits, car ceux-ci sont purement négatifs, c'est-à-dire ils empêchent le mal de se produire. Un seul cas qui fait ressortir les inconvénients de la forme, par exemple, un testament déclaré nul pour un vice de forme, un procès perdu pour une négligence de forme, frappe plus vivement que des milliers de cas, où, le cours des choses étant normal, la forme a rempli sa destination tutélaire. Rien d'étonnant à ce que le jugement de l'ignorant se montre si hostile au formalisme.

Deux particularités résument les désavantages de la forme : son *danger* et son *incommodité*. Toutes deux sont inhérentes à la forme comme telle, quelque diverse qu'elle puisse être pour le surplus ; la diversité de la forme ne fait que diminuer ou augmenter l'intensité de leur action défavorable.

La possibilité et les suites préjudiciables des *vices de forme* constituent le *caractère dangereux* de la forme. La forme veut être exactement connue, elle punit l'ignorance, l'inattention, la maladresse, la légèreté. Le droit matériel est bien moins exigeant. On peut conclure un contrat non formel, sans connaître même les principes du droit qui s'y appliquent, en se trompant sur les termes, on est assuré de la protection du droit et du secours du juge. Mais lorsqu'un contrat est soumis à des formes déterminées, celui-là seul peut le conclure, qui les connait et qui sait les employer ; rien ne peut suppléer aux vices

qui les entachent. Aussi, sous une législation formaliste, l'ignorant et l'imprudent sont-ils infiniment plus mal lotis que partout ailleurs, surtout lorsqu'ils sont en présence de la ruse qui veut abuser de leur ignorance ou de leur imprévoyance. Dans ces cas l'homme honnête, ignorant des affaires, se trouve à la merci d'un adversaire retors et sans conscience, car qui sait se servir de la forme s'en fait une corde pour étrangler l'homme inexpérimenté. C'est surtout aux droits qu'entourent des formes rigoureuses qu'il faut appliquer l'adage : *jura vigilantibus scripta sunt* (195).

Le degré de danger que présente la forme est déterminé par divers éléments qu'il faut chercher en partie dans la forme même, en partie en dehors d'elle. Occupons-nous d'abord de ceux qui lui sont propres, nous parlerons plus tard des autres. Il y en a trois que, pour abréger, j'appellerai l'élément *quantitatif*, l'élément *morphologique*, et enfin l'élément *de principe*. Il faut, dans les formes, distinguer leur nombre, leur configuration extérieure et la nécessité de principe qui les a fait créer.

Quant à l'importance de la *quantité* des formes, je puis m'en rapporter à ce qui a été dit plus haut (p. 21 s). Un petit nombre de formes, quelques formes fondamentales, peu nombreuses, pénétrant le droit tout entier, en rendent la connaissance et l'application plus facile et moins dangereuse.

Par l'élément *morphologique* de la forme, je veux désigner sa configuration, sa composition, sa coupe, si elle est simple ou compliquée, facile, commode ou incommode, si elle exige seulement une action de la partie ou aussi la coopération d'autres personnes, par exemple, de l'autorité, de témoins; si elle consiste à parler, à écrire, à agir; je comprends en un mot les éléments au moyen desquels la forme a été établie, et sa propre manière d'être. Quelques exemples témoigneront de l'influence de cet élément.

(195) L. 24. in f. Quae in fraud. (42-8).

Comparons la forme du testament romain avec celle de la stipulation. Bien plus compliqué que la dernière, le testament était aussi plus tôt affecté de vices de forme. Le danger de ceux-ci est en effet, en raison directe de la complication. La question préalable du créancier était seule essentielle pour la stipulation. La réponse du débiteur, soit qu'elle fût la répétition textuelle de la question, soit qu'elle se résumât dans un simple *spondeo,* n'offrait pas de difficulté. La forme du testament, au contraire, exigeait la rogation des témoins, la *familiae emptio,* la *nuncupatio,* l'application des formules exactes pour les diverses disposition isolées, la succession exacte de celles-ci, l'*unitas actus.* Un seul témoin incapable sur sept, une erreur dans la formule de l'institution d'héritier, et tout le testament, avec toutes ses dispositions, était caduc. Dans la stipulation toute espèce de combinaison de mots suffisait pourvu qu'elle eût la forme interrogative : il ne fallait un mot sacramentel déterminé que pour atteindre certains buts *(spondeo, fidejubeo, fidepromitto,* etc.).

Un autre exemple très-instructif est fourni par la comparaison de la procédure des actions de loi avec la procédure formulaire. La première était infiniment plus dangereuse que la seconde, et c'est précisément cette circonstance qui, comme nous l'apprend Gaius ([196]), en amena la chute. Dans la procédure formulaire même, une erreur de forme n'était pas sans entrainer certaines suites préjudiciables (cela est de l'essence même du formalisme), mais le danger de pareilles erreurs était bien moins grand sous cette forme de procédure. En effet, dans la procédure antique la forme était *verbale,* dans la nouvelle elle était *écrite.* — Or, on se méprend plus facilement en parlant qu'en écrivant; et puis là, c'était la partie qui portait la parole, plus tard ce fut le Préteur qui rédigea l'écrit. Il est inutile d'insister davantage sur l'importance de cette différence. Dans la procédure des actions de loi enfin, les formules étaient

([196]) Gaius, IV, § 30.

fixées, immuables dans leurs moindres détails, — l'omission, le changement d'un mot, même complétement indifférent, entrainait un vice de forme : dans la procédure formulaire, les formules étaient élastiques et seuls les mots réellement décisifs avaient poids dans la balance.

Quant au troisième élément qui se puise dans *le principe* de la forme, un exemple pris dans un code moderne en montrera l'importance. Les dispositions de *Landrecht* prussien sur la rédaction par écrit des conventions (197), sont le type de ce que pareilles dispositions ne doivent pas être. La loi exige l'écriture pour toutes les conventions dont l'objet excède 50 thalers, mais elle apporte immédiatement une double dérogation au principe qu'elle vient de poser. En effet, il y a cinq cas où elle dispense absolument de cette forme, mais il y en a douze autres où elle l'exige, même lorsque l'objet n'atteint pas la somme indiquée, et encore cette disposition reçoit-elle à son tour toute une série de modifications et de restrictions (198). Rien que pour

(197) V. les preuves de ce qui suit dans BORNEMANN, *Erörterungen im Gebiet des preuss. Rechts*, Livrais. 1, Berlin, 1855, p. 144 s. On pourrait citer aussi le droit anglais, v. par exemple, GUNDERMANN, *Engl. Privatrecht*, I, p. 226, 227, 230, 240, 242, 270.

(198) V. les exemples suivants tirés de BORNEMANN, *l. c.*, p. 168 : Les conventions réelles sur des choses mobilières n'exigent pas la forme écrite pour donner naissance au rapport juridique qui, d'après la loi, est basé sur la dation de la chose : mais les conventions sur des obligations accessoires doivent être établies par écrit. « p. 151 : Les conventions par lesquelles quelqu'un est obligé à des prestations personnelles successives promises pour toujours ou pour un temps indéterminé, exigent absolument la forme ; cependant sont exceptées les conventions de louage avec les domestiques ordinaires, dans lesquelles la dation et la réception du salaire remplace la convention écrite. Au contraire, les contrats de louage avec les serviteurs désignés sous le nom de *Hausofficianten*, doivent toujours être dressés par écrit. — p. 160 : 7° Contrats de bail de bien ruraux : Si la convention est conclue verbalement seulement, elle ne vaut que pour un an. 9° Contrat d'édition de livres. Si la conven-

les conserver dans la mémoire, ces dispositions exigent une contention d'esprit dont un juriste seul est capable. Et c'est cet amas confus de dispositions sans lien entr'elles, sans principe commun, que devraient posséder le citadin et le paysan pour s'en servir en tout temps? Et l'on imposerait ainsi au *peuple* d'observer une règle que la loi elle-même crible d'exceptions? Que dire ensuite des difficultés que doit entraîner l'application de ces dispositions? On doit taxer d'abord si la chose vaut plus ou moins de 50 thalers, on doit savoir si les dispositions convenues dans un contrat réel contiennent ou non un écart du type légal de l'acte, on doit discerner quelles personnes il faut ranger parmi les *Hausofficianten* (gouvernantes, dames de compagnie, inspecteurs, médecins de famille?) etc. De pareilles dispositions sont des pièges et des chausse-trappes semés par le législateur sur le terrain juridique, des produits malsains du cabinet d'études, auxquels le peuple reste toujours étranger. Le peuple ne s'assimile que ce qui aurait pu émaner du peuple même.

Nous pourrons maintenant, à l'aide de ces exemples, déterminer la notion de notre troisième élément. Il se rapporte à la structure interne du système des formes. Il s'agit de voir si les dispositions sur la nécessité de la forme émanent d'un principe unique, ou ne s'appliquent qu'à quelques actes isolés et disséminés dans le droit, si elles portent en elles le caractère de l'unité et de la conséquence, ou celui de la variété et de l'arbi-

tion n'a pas été dressée par écrit, mais le manuscrit cependant livré par l'auteur, la convention vaut bien en ce qui concerne la somme à payer par l'éditeur, mais pour tous les autres points les rapports des deux parties doivent être jugés uniquement d'après les prescriptions légales. » V. aussi le cas n°s 10 et 12 dans Bornemann, p. 160-161. Les donations enfin exigent encore une forme particulière, la conclusion *judiciaire*. C'est le signe d'une absence complète de principe, d'exiger ainsi dans un cas une observation rigoureuse de la forme, pour permettre de s'en départir dans un autre cas.

traire. Le droit romain ancien est plein d'enseignements sous ce rapport. Nous y voyons une corrélation parfaite entre les notions juridiques et leur forme. Celle-ci se plie à toutes les distinctions du fond du droit, au point que la diversité des actes juridiques ne se manifeste plus seulement dans la diversité de leurs formes, mais que le caractère essentiel de chaque acte pourvu d'une forme particulière se reflète et s'imprime dans la structure morphologique de cette dernière. La forme, élément purement matériel, finit ainsi par s'élever au rang de création d'art juridique. Que l'on compare la forme de la stipulation, de la mancipation, de la cession judiciaire *(in jure cessio)* et du testament : la forme de la première était celle d'une question *(spondesne, dabisne,* etc.); mais une question est une forme *relative,* elle est adressée à une personne déterminée, elle trouve sa mesure dans le rapport relatif de l'obligation qui existe entre deux personnes, et la nécessité *interne* de l'intervention d'une autre personne est indiquée *extérieurement* par la forme même. L'*assertion*, l'*affirmation* sont les formes de la mancipation et de la cession judiciaire. *(Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra*, Gaius I, 119. — *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo.* Gaius II, 24); cela est également significatif. En effet, le caractère absolu de la forme est, dans ces actes, l'expression exacte de la nature absolue des droits auxquels ils se rapportent. Une affirmation est un fait absolu, indépendant de toute question de personnes. En d'autres termes, la stipulation et l'action qu'elle engendre, étaient conçues *in personam,* la formule des deux autres actes juridiques, et des actions qui en dérivent était conçue *in rem.* La forme du testament était celle d'un ordre *(heres esto, heredem esse jubeo*, Gaius II, 117, *damnas esto*, ibid. § 201, *sumito,* § 193, ou bien aussi : *do lego).* Cela est non moins significatif, d'abord sous le rapport historique : comme réminiscence de la forme légale originaire des testaments; ensuite sous le rapport dogmatique : comme expression du droit d'autonomie qui se réalise dans le testament (nous en parlerons ailleurs).

La stipulation bornait ses effets aux personnes agissantes, les trois autres actes nommés ci-dessus pouvaient aussi étendre les leurs à des tiers. Cette différence eut également son côté morphologique, en ce que dans la stipulation les parties étaient seules en cause, tandis que des tiers (témoins, Prêteur) concouraient aux autres actes. L'économie interne des testaments (§ 55) viendra plus tard à l'appui de cette démonstration.

Le second inconvénient de la forme est l'*incommodité*. La forme ne tolère pas le même laisser-aller dans l'expression de la volonté que comporte l'absence de formes. Vouloir ne suffit plus, il faut satisfaire à la forme par un acte réfléchi et accompli de propos délibéré. D'autres circonstances encore rendent cet inconvénient plus sensible. La forme a surtout en vue les affaires. Au droit qui exige la forme, s'opposent maintes situations dans la vie qui rendent son application difficile : les formes sociales, parfois, excluent la forme juridique. Qui donc cherchera à revêtir toute convention d'une forme juridique; qui cherchera à faire mettre par écrit toute offre ou toute promesse ? Celui qui le voudrait s'exposerait à violer toutes les convenances et tous les usages, il manquerait de tact, et la défiance dont il ferait preuve serait justement envisagée, dans une foule de circonstances, comme une injure grave envers les autres (199). Considérée sous cet aspect, la forme va directement à l'encontre de son but. Au lieu d'augmenter la sûreté de la conclusion des contrats, elle l'anéantit, elle chasse celui qui agit du sol ferme du droit sur le terrain incertain de la confiance personnelle.

(199) Ce fut peut-être cette considération de convenances qui, dans le droit de Justinien, exempta la donation de la forme de la stipulation ; elle fait disparaître ce que pareille exemption pourrait présenter d'anormal, au premier abord. On peut traiter comme affaire l'offre d'un contrat, il n'en peut être de même d'une donation. Il serait difficile de trouver un autre rapprochement dans la *dotis dictio* du droit ancien, mais sans aucun doute il faut en trouver un dans la *promissio dotis* du droit nouveau, laquelle était également affranchie de toute forme et dont on a, sans motif et sans nécessité, fait une *pollicitatio*.

Ce qui précède est vrai de *toute* forme, quelle que soit sa perfection. Mais quant au point où nous en sommes, il est évident que la disposition plus ou moins parfaite de la forme est d'un grand poids. Quelques exemples le démontreront.

Toute forme particulière a ses inconvénients propres. Si pour certains actes, comme par exemple, pour la stipulation et pour la plupart des actes juridiques romains, la loi prescrit leur conclusion *orale* entre parties, elle enlève par cela seul la possibilité de contracter entre *absents*. Pour y parvenir il faudra recourir à des voyages, ou à l'emploi d'intermédiaires : et à la rigueur, conséquence que le droit romain consacrait du reste, le sourd-muet ne pourra employer cette forme ([200]). Si, comme la loi prussienne susdite, la loi exige une rédaction par écrit, il arrivera qu'entre personnes *présentes* il sera impossible de conclure un contrat. Schylock seul emportait toujours avec lui papier, plume et encre. Du marché, de la rue, le législateur prussien transporte le contrat dans le cabinet d'études et le couche sur le pupitre; le droit romain agissait tout au rebours. C'est là un des traits de caractère des deux législations et des deux époques. Si l'acte doit être passé devant témoins, en justice, ou par devant notaire, il faudra, avant de pouvoir conclure le contrat, se mettre en quête de témoins, se présenter en justice ou devant le notaire. Et comment faire si l'on ne peut trouver des témoins, par exemple dans une contrée déserte ou pendant une épidémie, lorsqu'il faudra réunir les sept témoins d'un testament ([201])? Comment faire en cas d'éloignement des locaux de la justice ([202]);

([200]) Ulp., XX, 13 (Testament). L. 1 pr. de V. O. (45-1) (stipulation). L. 1, pr. § 2, 3 de tut. (26-1) (*Tutoris auctoritas*).

([201]) Cette éventualité fit introduire deux formes moins gênantes de testament : le *testamentum ruri* et *tempore pestis conditum*. La forme du testament des soldats n'a qu'une relation éloignée avec ceci, mais il en est autrement de l'introduction et de l'admission du fideicommis.

([202]) La nécessité du voyage à Rome, pour les personnes qui habitaient au loin, dans le cas où il y avait lieu à une *in jure cessio*, fut une des causes

ou lorsque les circonstances exigent la conclusion immédiate, et que le juge ou le notaire ne peut être rencontré de suite, ou lorsque la convention ne comporte pas les frais ? On le voit, toute forme, quelle qu'elle soit, entraîne des désavantages qui lui sont propres, et dont le commerce juridique doit plus ou moins souffrir.

Il en résulte fatalement que dans des cas urgents on contrevient à la loi en concluant un acte *informe* qu'elle a d'avance condamné. Un pareil acte est sans effet juridique. Son effet dépend entièrement de la bonne foi de l'obligé, de sa crainte de l'opinion publique, sans autre caution que sa conscience, sa loyauté, sa véracité : bref il ne repose que sur sa *bona fides*. Le commerce juridique se dérobe partout de même au joug incommode de la forme. La forme n'est pas seulement çà et là négligée, son inobservation devient la règle générale, la coutume. Ce fut le cas à Rome, comme nous le verrons plus tard. Le système des conventions basées sur la *bona fides,* dans le sens romain antique, c'est-à-dire du commerce juridique exclusivement fondé sur la loyauté et la confiance est un produit et un complément du formalisme.

Ici donc encore nous voyons la forme se contredire et démentir son but. Destinée à assurer complètement le commerce juridique, elle le force au contraire à renoncer à toute sécurité juridique, et à choisir entre une commode incertitude, et une gênante sûreté. Le formalisme semble ainsi porter en soi sa propre condamnation et contenir le désaveu de son application absolue.

Si l'on peut à bon droit reprocher au formalisme ses dangers

des actes sans formes des Romains. Témoin l'affranchissement sans formes : en le reconnaissant, dans une certaine mesure, le Préteur prenait en considération tous les inconvénients résultant des formes exigées par la loi. Il y avait d'autres motifs encore ; nous les exposerons dans le troisième système.

et ses incommodités, il est un autre reproche qu'on n'est certes pas en droit de lui adresser. Personne n'a encore nettement formulé, ni expliqué ce nouveau grief, — l'expliquer serait le réfuter — mais il a déposé dans quelques esprits peu clairvoyants certains germes qui prennent l'apparence de la réalité.

Écoutons l'accusation dirigée contre le formalisme. En déclarant non obligatoire la parole donnée, à raison d'un vice de forme insignifiant, le droit méconnait le sentiment moral; il en fait litière en exemptant de toute peine, de toute censure même, le plus criant abus de confiance, en allant jusqu'à obliger le juge à prêter au besoin son bras pour ouvrir dans la forme une retraite assurée à la perversité et à la fraude. Le sentiment juridique du peuple doit s'ébranler au spectacle quotidien d'un pareil scandale. Or, imposer silence au sentiment juridique c'est le détruire. Ériger la forme en suprême et dernière raison, c'est ruiner ce qui fait la base du commerce juridique, la loyauté.

On peut répondre, d'abord et avant tout, que cette critique méconnait elle-même complètement la mission propre du droit et celle de la morale; — c'est là une erreur qu'il n'y a pas lieu. ici, de réfuter en principe, et qui même en bien d'autres matières, est plus commune qu'on ne le pense. Soutiendra-t-on que le droit doit élever toute obligation morale au rang de devoir juridique? Admettons-le pour un instant: il est certain, en tout cas, qu'au dessus de la parole donnée, il y a le serment. Si l'on demande au législateur de donner force obligatoire aux promesses dépourvues de forme, à plus forte raison devra-t-on le lui demander pour les promesses assermentées. Les mêmes motifs moraux le commandent. Le droit canon est allé jusque là; il a donné force obligatoire aux promesses sous serment, mais aussi il a montré d'une manière instructive où aboutit le législateur lorsqu'il élève des exigences purement morales en devoirs juridiques. On a vu, en effet, sous l'influence de cette disposition, le serment devenir un moyen d'éluder les disposi-

tions les plus salutaires du droit. Toutes les mesures de précaution que le droit avait prises en faveur des individus, ont pu être déjouées au moyen du serment (par exemple l'interdiction de l'usure, le recours du chef de violence ou de dol, le *Sc. Macedonianum, Velleianum),* et si la législation canonique elle-même, effrayée de ses propres conséquences, n'avait pas eu recours à une espèce d'escamotage ([203]), cette disposition toute entière aurait surtout profité aux usuriers et aux trompeurs. Elle a été successivement abrogée, dans presque toutes les législations particulières de l'Allemagne. L'esprit moral du peuple en a-t-il été affaibli ? C'est précisément dans les rapports que le législateur abandonne à eux-mêmes que le sentiment moral du peuple s'exprime de la façon la plus efficace; il semble, que grâce au défaut de protection, à l'absence d'aide légale il les surveille plus étroitement ([204]).

La question présente encore une autre face. Y avait-il absolument une déloyauté de la part du Romain à ne pas reconnaître comme obligatoire un acte conclu par lui sans l'observation des formes voulues par la loi ? (par ex. la tradition d'une *res mancipi*, la promesse sans la forme de la stipulation). Involontairement on suppose toujours qu'il a eu l'intention de se lier réellement en droit, et que ce n'est que par oubli que la forme nécessaire a été omise. Mais le cas contraire était également possible; il pouvait se faire que l'omission de la forme eût son fondement dans l'intention de ne pas vouloir se lier juridiquement, et je crois que ce n'est pas être trop hardi d'admettre que ce cas était précisément la règle pour l'époque ancienne, et que le contraire était l'exception. Lorsque l'appli-

---

([203]) Dans les contrats usuraires, obtenus par violence etc., on obligeait le débiteur à s'exécuter, mais on forçait ensuite le créancier à restituer ce qu'il avait reçu.

([204]) Nous en verrons une preuve plus loin (T. V) dans les actes non pourvus d'une action du droit ancien.

cation d'une forme aussi familière aux Romains que la stipulation, la mancipation, etc., était omise dans des circonstances qui ne lui opposaient aucun obstacle, il fallait en conclure que dans *l'intention unanime des parties*, l'acte juridique ne devait avoir aucun effet, qu'il devait rester loisible à l'une ou à l'autre partie de s'en écarter. L'inobservation de la forme exprimait là tacitement, ce que nous ne pouvons plus dire de nos jours qu'au moyen d'une réserve formelle, c'est-à-dire, que la force obligatoire de la convention resterait suspendue. La tradition d'une *res mancipi* signifiait pour le commerce juridique romain, ce que signifie dans notre droit actuel la réserve de la propriété *(pactum reservati dominii)*; l'affranchissement sans les formes, d'un esclave, équivalait à lui donner la liberté avec réserve de révocation. Se prévaloir du manque de la forme n'était pas, dans tous les cas, une déloyauté; c'était bien souvent faire valoir ce qui avait été sous-entendu dès l'origine.

2. *Avantages de la forme.*

Nous avons à distinguer soigneusement deux espèces d'avantages : ceux qui sont inhérents à la forme comme telle, et se reproduisent par conséquent pour tous les actes *formels* (avantages *généraux*) et ceux qui reposent sur l'élément morphologique d'une forme isolée, à laquelle ils sont propres (avantages *spéciaux*).

La décision d'une contestation consiste dans l'application du droit abstrait au rapport concret. Les difficultés peuvent résulter du *droit abstrait*, notamment du défaut de clarté, de précision, etc. des dispositions qu'il s'agit d'appliquer — dans ce cas, la forme des actes est sans secours aucun : — elles peuvent naître du *rapport concret*, par suite du caractère douteux des faits *(question de preuve)*, ou du manque de précision de leur caractère juridique *(diagnostic)* — à celles-ci la forme peut suppléer. L'avantage *général* de la forme se vérifie dans les difficultés de la *seconde* espèce, en ce qu'elle permet de déter-

miner clairement le caractère juridique des faits; quant aux difficultés de la *première* espèce, la forme peut les prévenir; elle facilite la preuve, lorsqu'elle est spécialement organisée dans ce but (conclusion de l'acte en présence de l'autorité ou devant témoins, etc.); cet avantage appartient ainsi à la classe des avantages *spéciaux*.

Lorsque ces difficultés surgissent, les parties doivent, dans la plupart des cas, s'en prendre à elles-mêmes, l'ambiguité, l'obscurité objectives de l'acte ne sont régulièrement que la suite du manque de clarté subjective, dans la pensée, dans la volonté ou dans l'expression. Celui qui agissait voulait, par exemple, accorder à l'autre partie l'*usage* d'une servitude *(precaria juris possessio)*; mais il s'est exprimé comme s'il voulait lui accorder la servitude même, ou bien il n'avait pas même conscience de cette distinction juridique et de la nécessité de se décider pour l'un ou l'autre parti; sa volonté flottait, pour ainsi dire, sans préférence pour aucun d'eux.

Le droit est impuissant à exclure le manque de clarté, et avec lui une des sources les plus fécondes des procès. Mais bien des choses peuvent être faites dans ce sens soit par la libre activité du commerce juridique (usage de formulaires fixes, adjonction de juristes), soit par le droit, et le moyen qui le lui permet, c'est le formalisme (205).

La forme est pour les actes juridiques ce qu'est l'empreinte pour la monnaie. L'empreinte et le contrôle du titre et du poids

(205) Le sens pratique de tous les temps et de tous les peuples l'a exactement senti, ainsi, par exemple, chez le peuple d'Israël, v. Michaelis, *Mosaisches Recht,* II, § 81 (vente, échange, donation sous la porte, ou bien en ôtant un soulier); chez les Turcs, von Tornauw, *Moslemitisches Recht,* p. 67 : le *Sigheh* ou la déclaration d'obligation verbale, consiste dans certaines expressions spécialement fixées pour chaque contrat, lesquelles sont prononcées lors de l'accord et de la conclusion définitive. Déclarer le *Sigheh* équivaut à convenir que la convention sera verbale. V. en des exemples spéciaux, ibid. p. 87 (vente) p. 105 (prêt).

de métal, de la valeur en un mot, des monnaies, dispense de recourir à l'essai qui devient indispensable, lorsqu'il s'agit de métal non monnayé; la forme épargne au juge de rechercher si on a voulu conclure un acte juridique, comme elle lui indique quel est l'acte qu'on a entendu conclure, dans les cas où pour divers actes diverses formes ont été déterminées. Ces deux questions peuvent donner lieu aux plus grandes difficultés lorsqu'aucune forme n'est prescrite par la loi. Prenons la première d'abord : quelle que soit la distance qui sépare *en principe* l'acte juridique des actes préparatoires, quelque différence qu'il y ait en théorie entre manifester le projet de vouloir se lier, et enchaîner réellement sa volonté, il est des cas où la distinction est bien difficile à établir. Je veux vous léguer, vous vendre, vous donner, peut signifier : 1° *je vous lègue, je vous vends, je vous donne,* ou 2° *je m'oblige* à vous léguer, à vous vendre, à vous donner dans un temps donné; ou bien encore 3° *j'ai l'intention* de vous léguer, etc., et je vous en informe, comme je pourrais vous donner avis de tout autre projet que mon esprit conçoit, c'est-à-dire, je vous léguerai, vendrai, donnerai, vous pouvez le savoir, mais je ne veux pas être lié. Admettons maintenant que les volontés dernières n'exigent point une forme déterminée : quelles contestations sans fin ne s'élèveraient pas sur le sens de pareilles communications assez communes dans la vie. Dans le système du formalisme, exprimer l'*intention* de vouloir ne présente absolument aucun danger; pareille intention ne pourra jamais être assimilée à la volonté : lorsqu'aucune forme n'est prescrite, l'intention pourra toujours être confondue avec la volonté, on pourra toujours voir une volonté exprimée quand même on se trouverait devant la simple manifestation d'une intention. La forme est donc le sceau de la volonté juridique arrêtée ([206]). Mais de même qu'elle distingue ce qui est

([206]) SAVIGNY, System III, p. 338 : Une résolution sur des choses importantes arrive rarement du premier coup à maturité; elle est habituelle-

juridique de ce qui ne l'est point, de même aussi elle peut distinguer entre les choses juridiques, c'est-à-dire signaler la différence entre les divers actes juridiques. L'exemple des servitudes que nous avons déjà invoqué, servira encore à le démontrer. Le juge appelé à statuer sur le différend pendant entre 2 parties, au sujet de la constitution prétendue d'une servitude, peut hésiter entre quatre hypothèses différentes : 1. La servitude est *constituée* (acte réel); 2. elle est seulement *promise* (obligation); 3. l'une des parties n'a fait qu'accorder l'*exercice* de fait et révocable de la servitude *(precarium)*; 4. la partie n'a fait qu'exprimer l'*intention* de reconnaître plus tard la servitude. La difficulté existait à peine pour le juge romain : dans le premier cas en effet il y avait lieu à mancipation ou cession en justice *(in jure cessio)*; la stipulation était exigée dans le second cas. S'il n'y avait aucune forme qui vint révéler l'acte qu'il s'était agi de conclure, on rentrait évidemment dans le cas de la troisième ou quatrième hypothèse. Or, pour ces deux derniers cas, il était complètement indifférent qu'un signe distinctif extérieur vint à faire défaut : car là tout dépendait du bon vouloir du concédant, l'adversaire n'avait aucune action, et le juge était tenu de le débouter. La question de savoir si une personne inscrite dans un testament est d'après l'intention du testateur héritière ou légataire peut présenter de graves difficultés, dans notre droit moderne; pour le juge romain elles étaient complètement écartées grâce à la forme différente de l'institution d'héritier et des legs.

La facilité et la sûreté du diagnostic, voilà donc le grand avantage de la forme. Il ne profite en apparence qu'au juge,

---

ment précédée par un état d'indécision, dans lequel les transitions se font peu à peu et insensiblement et qui laisse difficilement reconnaître le moment précis où la volonté devient définitive : le juge cependant aura nécessairement à l'apprécier plus tard. La forme est précieuse dans ce cas, elle ne laisse aucun doute sur le caractère définitif de la résolution.

mais il n'est pas moins important en réalité pour les parties elles-mêmes et pour tout le commerce juridique. Si la difficulté et l'incertitude du diagnostic pathologique embarrassent moins le médecin qu'elles ne peuvent nuire au malade, de même celles du diagnostic juridique sont moins gênantes pour le juge, qu'elles ne peuvent être dommageables pour les parties. Mais pour accorder de pareilles facilités au juge, le commerce juridique doit se résoudre à certains sacrifices : la peine et le travail du juge sont en raison inverse de la peine et du travail des parties contractantes. Le formalisme facilite la tâche du juge en rendant plus lourde celle de la partie ; lorsqu'aucune forme n'est prescrite les facilités accordées à la partie rendent plus ardue la mission du juge.

A côté de ce premier avantage de la forme, vient se ranger un second dont la partie est la première à recueillir les fruits. Dans l'intérêt de la prospérité du commerce juridique, dit Savigny [207] il est désirable que les conventions ne soient pas conclues à la hâte, mais avec prudence et en réfléchissant mûrement aux conséquences qui en découleront. La nature des conventions solennelles (comme la stipulation romaine), éveille cette attention de l'esprit, et contribue ainsi à créer cette situation favorable. Très fondée en ce qui concerne les formes qui doivent créer certains délais, par exemple, la conclusion en justice, l'insinuation, la justesse de cette idée pourrait être contestée pour la stipulation : celle-ci exigeait un laps de temps beaucoup trop court, pour qu'une partie qui aurait promis quelque chose sous l'empire de l'excitation ou de la précipitation pût encore, au moment de conclure, se calmer ou réfléchir ; la stipulation était un moment, moins qu'une minute. Ce serait cependant une erreur d'attribuer uniquement au délai qu'elle

[207] *Obligationen Recht,* II, p. 219. Möser, patriot. phantas., T. 2, XXIV (Berlin 1778) p. 121, s., avait déjà signalé ce point de vue dans son langage humoristique, mais frappant.

créait, l'influence salutaire de la forme. Cette influence réside plutôt en elle-même, dans l'impression qu'elle produit sur l'esprit de celui qui conclut un acte juridique, *une affaire*. Dès que le mot *spondesne* retentissait dans le cours d'un entretien, une oreille romaine était avertie que l'entretien, nullement juridique jusqu'alors, mais amical, allait prendre un caractère d'affaire : ce mot était le signal d'un acte de nature et de signification juridiques. Celui qui dans le cours de la conversation avait donné des assurances, devait être frappé, dès que son interlocuteur le prenait au mot et voulait fixer la chose juridiquement, (telle est la signification du mot romain : *stipulari*). Avec le mot *spondesne* il était mis en demeure de s'expliquer sur la nature de ses assertions, de ses assurances, de se représenter l'objet, la portée et les suites de la stipulation qu'on demandait de lui. Ce simple mot renfermait le *réveil de la conscience juridique*. Que d'assurances se donnent aujourd'hui, que de promesses se font, dont l'auteur, malgré la plus sérieuse intention de rester fidèle à ses engagements, n'admet en aucune façon que son interlocuteur puisse songer à les faire valoir et à le contraindre à s'exécuter, et refuserait tout bref de se lier juridiquement, s'il était obligé de confirmer ses promesses, sur l'heure, dans la forme voulue. C'est l'*action en justice* qui la première, le fait réfléchir, et la décision d'une question qui, posée en temps opportun, lui aurait couté un seul mot, devient l'objet d'un débat désagréable, long et tout à fait douteux. Si le formalisme présente ce danger, que celui qui avait réellement l'intention de se lier, sera délié de son engagement grâce à un vice de forme, le système de l'absence de formes renferme le danger contraire : celui qui n'avait nulle intention de s'engager, se verra contre sa volonté chargé d'une responsabilité. Quel est l'inconvénient le plus serieux? cela ne saurait faire doute.

Passons maintenant aux avantages *spéciaux* de la forme. Nous avons vu plus haut, que ce sont ceux qui reposent sur une configuration propre de la forme (par exemple l'écriture, la

publicité). Dans l'introduction de la forme par voie législative (comme dans le dernier état du droit romain dans l'introduction des *instrumenta publica vel quasi publica,* de l'insinuation) ce sont surtout ces avantages qui forment le but du législateur, et qui le portent à donner à la forme telle coupe déterminée. Examinons sous ce rapport les formes les plus usuelles, et comparons les entr'elles.

L'avantage de la conclusion *écrite* d'un acte juridique, sur la conclusion orale, c'est qu'elle assure la preuve ultérieure de l'existence de l'acte. L'assistance de témoins présente la même utilité. Mais l'acte juridique se fixe moins exactement dans la *mémoire* qu'il ne se fixe *par écrit* : la *mémoire* ne conserve habituellement que le souvenir du *sens* de l'acte qui a été conclu, sans en retenir les *termes* précis; il est telles circonstances cependant où ceux-ci sont de la dernière importance. De plus l'acte laissera des traces moins durables, car elles dépendent de la mémoire et de la vie des témoins. Ceux-ci encore ne conviennent point lorsqu'il s'agit d'assurer l'existence d'un acte qui contient une foule de disposition détaillées, difficiles à retenir, des chiffres, etc., les testaments, par exemple. Il y a une autre différence entre les deux formes, c'est que l'une assure le secret de l'acte, tandis que dans l'autre il faut mettre les témoins au courant : dans le premier cas l'intérêt de la partie est mieux sauvegardé, le second est plus favorable aux intérêts des tiers, et répond mieux à l'intérêt général du commerce juridique ([208]).

Au surplus, comme par exemple dans les actes notariés de nos jours, ces deux formes peuvent concourir. Le testament privé, par écrit, du droit romain en contenait une combinaison particulière. Il permettait au testateur de cacher le contenu du testament aux témoins. L'écriture *officielle* est l'expression la

([208]) J'ai déjà émis plus haut une considération à cet égard en parlant de la confection orale du testament (T. II, p. 143).

plus parfaite de la forme *écrite* (l'insinuation romaine, l'inscription moderne au bureau des hypothèques, etc.); celle du témoignage réside dans le témoignage *officiel (test. in comitiis calatis, judici oblatum, in jure cessio).*

Les avantages généraux de la forme sont limités aux personnes qui participent directement à l'acte juridique: les parties et le juge; les avantages spéciaux étendent leurs effets bien au delà. On ne peut passer sous silence, sous ce rapport, la *publicité* de la forme qui porte l'acte à la connaissance de tous. Grâce à la publicité, à Rome, les créanciers d'un débiteur qui voulait se laisser arroger, avaient occasion de faire valoir en temps utile leurs prétentions. Ce ne fut que lorsque les arrogations ne se firent plus devant l'assemblée du peuple et que ce moyen de sécurité qui se trouvait dans la forme, eut disparu, qu'il fallut créer pour les créanciers un mode de protection particulier *(in integrum restitutio propter capitis deminutionem).* L'ancienne forme du testament fait devant les comices assemblés *(in comitiis calatis)* rendait le même service aux parents du testateur [209]. Ceux-là même qui ne partagent pas l'opinion que j'ai exprimée plus haut (I, p. 147), que le peuple votait sur les testaments de la même manière que sur les lois, et qu'il avait par conséquent le droit de rejeter des testaments injustes, *inofficieux,* m'accorderont tout au moins que la publication de la dernière volonté devant tout le peuple offrait *en fait* une certaine garantie contre un abus outrageux de la liberté de tester. Elle exposait, en effet, son auteur, de son vivant, à la critique de l'opinion publique, à la colère et à la persécution des parents déçus dans leur attente. Lorsqu'ensuite s'introduisit la forme secrète du testament, et que tomba la garantie contre l'abus des testaments injustes,

[209] A l'époque actuelle je signalerai les publications légales du mariage. — Inutile de dire que des motifs fiscaux, d'ordre public, de statistique, etc., en un mot des motifs politiques, peuvent également être poursuivis par la forme.

le droit matériel dut suppléer au défaut de la forme : il institua la *querela inofficiosi testamenti.* C'est ainsi que la forme tenant lieu parfois de dispositions de droit matérielles, des changements profonds dans la forme, amènent forcement des changements dans le fond même du droit.

3. *Rapport entre les avantages et les désavantages.*

Cette énumération des avantages et des désavantages du formalisme, a déjà bien élucidé la question soulevée plus haut, concernant la valeur pratique du formalisme. La question cependant n'est pas résolue encore. Elle ne le sera que lorsque nous aurons examiné si les avantages sont supérieurs aux désavantages.

Le caractère avantageux d'une vente se détermine, non d'après la valeur de l'objet acheté, mais par la proportion qui s'établit entre le gain réalisé et les frais : de même, les effets avantageux seuls, qu'offre une organisation, ne peuvent donner la mesure de sa valeur pratique ; cette valeur ne sera appréciée qu'en connaissant les sacrifices qu'à couté son établissement, c'est-à-dire quels sont les effets désavantageux qu'il faudra essuyer pour en jouir. Or, la même chose n'a pas la même valeur pour tous ; nécessaire aux yeux des uns, elle paraît superflue aux autres ; les frais aussi dépendent du temps et du lieu. Les organisations du droit sont soumises au même sort : pour elles aussi la mesure de leur valeur pratique est toute *relative* et dépendante de toute une série de conditions.

Notre droit actuel a adopté pour les contrats en général le principe de l'absence de formes, mais le contrat de change est régi par des formes de la plus extrême rigueur. On peut conclure de là que les avantages et les désavantages du formalisme, emportent tour à tour le plateau de la balance. Dans le contrat de change il y a compensation entre la gêne imposée par la forme, et les avantages qu'elle assure ; les contrats de la vie ordinaire n'offrent par ces compensations. Pour les

dispositions de dernière volonté, le transfert de la propriété, la constitution d'hypothèques, les servitudes prédiales, etc., les droits modernes ont en partie conservé les formes du droit romain, en partie organisé des formes nouvelles. Ici encore la balance penche en faveur du formalisme. En effet, pour ces dispositions, la forme est bien plus importante que pour les contrats. Les contrats restreignent leurs effets aux personnes qui y interviennent directement, et expirent plus ou moins promptement : les dispositions que nous venons de nommer, au contraire, ont des effets très-éloignés, tant par rapport au temps, que par rapport aux personnes intéressées, et plus ces effets s'étendent au loin, plus la forme ajoute à la valeur de la confirmation de l'acte. D'un autre côté encore les désavantages de la forme sont moins gênants. Des actes qui se consomment rapidement, par exemple, les contrats réels, les contrats consensuels à l'exception de la société, se concluent aussi, en règle générale, sans grands préparatifs; il y a plus, un retard occasionné par des formalités compliquées pourrait, selon les circonstances, en empêcher l'accomplissement. Il n'en est pas de même dans les actes dont nous parlions plus haut. Ils ne présentent plus le même caractère d'urgence : ordinairement de longues préparations, des délibérations, des négociations précèdent leur conclusion, et la forme ne peut guères allonger de beaucoup tous ces retards. Enfin ces actes forment l'exception dans le cours de la vie juridique : pour mille contrats, il y a peut-être un seul testament, pour mille transferts de la propriété sur des objets mobiliers, un seul transfert sur une chose immobilière. C'est ainsi que nous pouvons expliquer et justifier la coupe plus simple de la stipulation romaine en comparaison de la forme plus compliquée de la mancipation et de la cession en justice.

La diversité des institutions juridiques établit donc la différence en faveur des avantages ou des désavantages du formalisme : telle forme appropriée à telle institution, pouvait complètement contrarier le jeu de telle autre. Il n'en est pas moins vrai que les prémisses historiques influent sur les différences

de formes que nous rencontrons dans le formalisme. La nécessité de la forme, règle absolue pour les Romains, est l'exception pour nous.

Si leur système formaliste eût gêné les Romains, autant qu'il devrait nous contrarier, ils se seraient certes hâtés de s'en débarrasser : c'est ce qu'ils firent du reste, par exemple, à l'occasion de la procédure des *legis actiones*, et plus tard des formules des dispositions de dernière volonté. Ce système ne peut donc avoir pesé lourdement sur leur commerce juridique. Nous sommes amenés ainsi à fixer notre attention sur deux circonstances importantes au double point de vue de la nature relative du formalisme en général, et de l'intelligence spéciale du formalisme romain. Il s'agit d'abord d'un point examiné plus haut (p. 98 et s.), de la position de la jurisprudence romaine vis-à-vis du peuple, de l'omniprésence des juristes dans la vie et de la gratuité de leurs services. Il s'agit ensuite d'une qualité, qui sans être spéciale au peuple romain, était plus largement développée chez lui que chez n'importe quel peuple moderne, le peuple anglais excepté : je veux dire la tendance nationale vers la forme. Je la désignerai désormais, et l'examinerai de près sous le nom de *sens de la forme*. Grâce à ce sens de la forme, les Romains au lieu de plier sous les formes comme sous un joug extérieur, étranger, ne voyaient en elles que des créations naturelles et parfaitement acceptables.

Fondement historique du formalisme.

Son importance pour l'histoire de la civilisation. — Période de la sensibilité. — Sens de la forme. — Actes symboliques et figurés. — Formes résiduelles. — La forme dépositaire des traditions du peuple. — Force conservatrice de la forme.

51. Ainsi que nous l'avons dit (p. 164) il serait erroné de ne trouver le fondement de l'apparition du formalisme dans l'his-

toire du droit que dans les avantages pratiques qu'il offre. Cela n'est vrai que pour les formes qui sont appelées à la vie par un acte de la législation, car celles-ci sont introduites dans un but déterminé, un motif pratique seul leur confère et leur existence, et leur configuration individuelle. Ces formes pourraient être plus exactement nommées *à tendances,* car elles portent dès leur origine le sceau d'une tendance déterminée.

Il en est tout autrement des formes qui émanent de la vie et du peuple lui-même, telles que les formes (naïves) appartenant à l'époque primitive du droit. L'intuition et la conscience du législateur ne les ont pas introduites, elles n'ont pas été faites, elles sont devenues; mais le sentiment de leur utilité pratique n'en peut pas moins, d'une manière inconsciente et instinctive, avoir contribué à leur formation (210). Mais là n'est pas le motif *exclusif* de leur origine, d'autres causes agissent sur leur formation première comme sur leur conservation. Ce n'est pas seulement la source (loi ou droit coutumier) qui les a introduites, qui fait leur différence avec les formes à tendances, car à ce compte rien n'autoriserait à les distinguer les unes des autres. Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner quelques-unes de ces formes. Ce qui le démontre tout d'abord c'est la coupe morphologique des formes de cette espèce. Infiniment plus complète, plus riche que si elle était le produit d'un pur intérêt juridique pratique (V. par exemple, les solennités nuptiales des Romains), elle peut encore résister à ce dernier. Mais tout doute disparait lorsqu'on voit se reproduire les formes de cette espèce

(210) Savigny, System, T. II, p. 239, place le motif de cette différence dans « cette tendance inconsciente vers le progrès, qui anime la nation, » tendance qui n'exclut pas cependant le besoin de constater les effets » salutaires du progrès. » Dans son traité des obligations, T. III, p. 220, il dit seulement que ces formes reposent sur une usage populaire des plus antiques. C'est ce contraste qui a égaré l'esprit de Puchta dans sa tentative malheureuse de vouloir séparer les deux espèces de formes juridiques. (V. note 190.)

en d'autres matières où la *valeur pratique* de la forme est sans application aucune, comme, par exemple, dans le culte religieux. Cette observation nous mène sur le vrai terrain, elle nous apprend que le formalisme est, non pas un phénomène juridique spécifique, mais le fait général de l'*histoire de la civilisation,* fait qui a trouvé dans le droit à se développer de la façon la plus complète et la plus efficace.

Dans cette acception large, le formalisme désigne une phase nécessaire dans l'histoire du développement de l'esprit humain. Emprisonné dans les liens de la pensée perçue par les sens, l'esprit, lorsqu'il s'agit d'exprimer une chose interne, prend son recours vers des moyens d'expression *sensibles,* il appelle à son aide les *images* du langage, il crée des *personnifications* de ses vues naturelles et religieuses, il forge les *symboles* de ses idées : pour rendre d'une façon sensible et plastique ses sentiments, ses dispositions, ses aspirations, ses résolutions, il emploie l'*action.* Pour lui l'invisible devient visible, ce qui est éloigné se rapproche, ce qui est interne apparaît à l'extérieur. Telle est la langue qu'il comprend, et au moyen de laquelle il rachète son impuissance à penser et à parler d'une manière abstraite. Et précisément parce qu'elle lui est naturelle et nécessaire, cette langue lui réussit d'une manière que tout l'art et toute la réflexion de l'époque abstraite ne sauraient égaler. Mieux que tous les mots, un seul signe, pour lui, renferme l'essence du rapport, le lui rend familier, sensible. Ce qu'il saisit n'est sans doute que l'extérieur, l'écorce, mais sans en avoir conscience il a pris dans cette écorce une semence intellectuelle, dont un sol moins fertile favoriserait encore la force végétative, qui germe, qui pousse imperceptiblement, qui communique à l'âme une certaine disposition, alimente l'imagination et dévoile peu à peu le pressentiment de l'idée qui se cache en elle.

Les signes et les actions qui ont pour but de représenter d'une manière sensible un contenu intellectuel, s'appellent comme on le sait *symboliques.* Le symbole est l'expression sensible de ce qui est abstrait. Ce terme devient impropre lorsqu'il s'agit

de représenter une chose qui à son tour est *sensible;* par exemple, lorsqu'en droit romain (211), dans la revendication le fonds est représenté *(pars pro toto)* par une motte de terre, ou dans le droit germanique en matière de tradition, par une motte de gazon et un rameau (212); sinon on pourrait aussi appeler la peinture ou le dessin un symbole de l'objet qu'ils doivent représenter. Je désignerai dans la suite cette dernière espèce par l'expression : *représentation.* La lance était le *symbole* de la propriété, car elle exprimait quelque chose d'interne, d'intellectuel: le pouvoir juridique et la domination du propriétaire; le bâton au contraire, dont on se servait pour la remplacer n'était pas un symbole, mais un signe représentatif de la lance (213). De même la marche apparente vers le fonds que le Préteur invitait les parties à exécuter dans la revendication (214), n'était pas un acte symbolique, mais un acte apparent (§ 52), elle devait représenter et remplacer quelque chose d'extérieur : la marche réelle vers le fonds. La forme *per aes et libram* ne mérite donc pas d'avantage le nom d'action symbolique; ce qu'elle indique, un paiement dans la forme antique, est de nouveau quelque chose d'extérieur. Sinon on devrait appeler les trente licteurs, qui plus tard représentèrent dans l'arrogation les trente curies, une assemblée symbolique du peuple. Au contraire il y avait action symbolique lorsque l'esclave dans l'affranchissement devait tourner sur lui-même; ce changement de sa *position extérieure* (le *status* dans le sens naturel) était le signe de changement de sa position *intérieure (status* dans le sens juridique).

---

(211) GAIUS, IV, 17.

(212) J. GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer,* p. III, s. 121, s. De même en droit anglais, GUNDERMANN, *Engl. Privatrecht,* I, p. 206 (une boucle de porte ou un verrou, une branche d'arbre, un rameau, une motte de gazon du fonds).

(213) GAIUS, IV, 16.

(214) CICERON pro Murena 12 : *Inite viam... redite viam.*

Il n'est pas à méconnaître, au surplus, que dans un cas particulier les limites entre les actions symboliques et représentatives peuvent se confondre : peu importe donc l'inexactitude que peut présenter l'emploi de la première expression, pourvu que l'on se rende compte de la différence des deux espèces d'actions.

Les symboles et les actions symboliques sont le langage de l'esprit dans son enfance; c'est une écriture hiéroglyphique dont il se sert parce qu'il n'a pas encore trouvé l'écriture alphabétique de la représentation abstraite, et qu'il n'en a pas encore acquis l'intelligence. Mais le besoin seul, ne le pousse pas cependant à se servir de cette langue figurée; il n'y est pas amené uniquement par son impuissance ou sa maladresse à manier le langage abstrait : il y a là en même temps une satisfaction des sens, un plaisir poétique causé par la représentation sensible des choses de l'intelligence; c'est le charme de la *plastique de l'idée* qui s'impose. Cette représentation en effet, ne s'applique pas seulement aux idées qui par leur profondeur en exigent l'emploi. Le noyau intellectuel du symbole est parfois si infime et si faible que les moyens de la langue la moins développée auraient parfaitement suffi à le formuler. Il y a plus, certaines formes, — par exemple, les formes représentatives — ne renferment en général aucune *idée*. Ensuite s'il n'y avait eu que ce seul motif, le progrès du développement intellectuel, ou ce qui revient au même, le perfectionnement de la langue — car ce que l'esprit acquiert, la langue l'enregistre, — aurait dû entraîner après lui une disparition graduelle de la langue des formes; au sommet de la civilisation tous les restes de la période naïve devraient avoir disparu; la forme devrait avoir fait place à l'idée nue, pure, abstraite, à moins qu'une nécessité pratique du droit n'eût prolongé son existence; or, il n'en est nullement ainsi.

Le formalisme n'est donc pas seulement un pis aller pour l'esprit à la recherche de l'expression, il n'a pas son unique fondement dans l'imperfection originaire du langage. A ce pre-

mier motif de son apparition historique, qui disparait en même temps que la période d'enfance des peuples, s'en joint un second, qui lui survit longtemps. C'est le motif qui vient d'être indiqué : le plaisir de la forme extérieure, le plaisir des sens, bref le *sens de la forme* (p. 187).

La force d'attraction que la forme, comme représentation traditionnelle et typique des sentiments et des idées par le moyen plastique d'actions et de signes, exerce sur l'esprit humain, se manifeste de diverses manières. D'un côté elle séduit le sens poétique, au point de vue purement esthétique, grâce à l'élément plastique et dramatique, avec le secours duquel elle sait embellir les évènements de la vie. D'un autre côté, au point de vue pratique, elle flatte la sévère raison par l'ordre, la régularité, l'uniformité, la netteté de l'existence et de l'action humaine qui s'y manifestent. Et au point de vue moral enfin, elle gagne le cœur parce qu'elle y imprime le sentiment du sérieux et de la solennité, parce qu'elle élève celui qui agit au-dessus de lui-même et au-dessus de ce qu'il y a de purement individuel et de passager dans sa situation personnelle momentanée, jusqu'à la hauteur de la signification humaine générale, et typique de l'action; parce qu'enfin elle le place dans une corrélation sainte avec ceux qui l'ont précédé et ceux qui existeront après lui.

La forme varie ainsi d'aspect chez les différents peuples et aux diverses périodes de la civilisation; elle change en même temps que la pensée, le sentiment et la vie des hommes. Chez un peuple en qui la raison prédomine, la forme est autre que chez un peuple plus poétique; les formes du droit sont empreintes d'un autre caractère que les formes du culte religieux. D'autres éléments encore, étrangers à la forme en elle-même, viennent encore ajouter à la variété avec laquelle elle se manifeste, le caractère plus conservateur ou plus mobile des peuples, leurs relations extérieures, leur isolement local, (par exemple, les montagnards), leur isolement intentionnel, (par exemple, celui des corps de métiers dans les siècles derniers), et enfin l'influence de la religion (catholicisme et calvinisme).

Il est un phénomène, que nous allons examiner avec attention, qui donne la notion exacte de la nature et des causes du formalisme. Plus que tout autre, il témoigne de la puissance que la forme exerce sur le cœur humain. C'est que des formes naissent, dépourvues d'avance de toute signification interne; c'est que des formes se conservent après avoir perdu toute signification : ce phénomène, en un mot, c'est le culte pur et nu de la forme comme telle.

Dans le monde romain, en droit aussi bien que dans les usages de la vie et le rite religieux, et dans l'Angleterre actuelle, nous rencontrons souvent une espèce de formes que j'appellerai *résiduelles* (215). Voici leur origine : les circonstances de la vie, à une époque donnée, un certain état dans la fabrication, les progrès de l'industrie, de l'agriculture, ou bien encore la mode, avaient établi, mais sans leur reconnaître jamais le caractère de formes déterminées, certaines institutions, certaines actions, certaines coutumes, ou distingué certains éléments soit des unes, soit des autres, qui s'étaient perpétués ensuite comme solennités, bien qu'un changement dans les idées, ou les progrès de la technique les eussent éliminés dans le commerce sérieux de la vie (216). Ce qui n'avait jamais été une forme, ce qui était

(215) *Rerum* SIMULACRA *gestarum sacrorum consecratis in ritibus*, comme dit ARNOBIUS adv. gent. V, 1; TACITE parle de la même manière (Ann. VI, 11) du *praefectus urbi feriarum latinarum causa*. (MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht*, I, p. 168) : SIMULACRUM *durat*. GAIUS II, 103 : *dicis gratia propter* VETERIS JURIS IMITATIONEM, en parlant du *familiae emtor*; CICERON de leg. agr. II, 12 en parlant de la représentation des comices par curies par les licteurs : *ad* SPECIEM *atque* USURPATIONEM VETUSTATIS.

(216) Il en est de même du langage. Ainsi, par exemple, il s'est conservé dans la procédure anglaise une foule de tournures et d'expressions datant de l'époque des Normands, et que l'on ne connaît plus dans la vie ordinaire. C'est ainsi qu'aujourd'hui encore les turcs doivent lire *en arabe*, d'après le mode antique, les deux versets qui précèdent toute prière. V. VON TORNAUW, *Moslemitiches Recht*, p. 39.

toujours resté à l'état d'élément flottant, sans cohésion avec la vie d'alors, devenait ainsi une forme pure, un fragment du passé ayant pris corps, et souvent jurait étrangement avec les époques suivantes. Le *speaker* de la chambre des communes en Angleterre porte encore de nos jours l'énorme perruque, legs de l'époque ancienne; tandis que la perruque disparaissait des autres têtes, elle est restée sur la sienne comme *perruque résiduelle.* Cet exemple a un pendant sur le continent; la ville de Hambourg a conservé comme tradition du passé l'usage des perruques pour certaines occasions, par exemple, pour les funérailles.

L'épeautre *(far)*, était la plus ancienne espèce de grain que cultivaient les Romains ou leurs prédécesseurs; ils fabriquaient le pain au moyen de pâte *(puls)* depuis les temps les plus reculés. D'autres espèces de grains s'introduisirent, d'autres modes de préparation du pain succédèrent aux anciens procédés, mais le rite religieux, notamment dans la célébration du mariage par confarréation maintint les antiques traditions (217). A l'époque la plus ancienne, faute de couteaux et de ciseaux, on s'était servi de la lance pour couper; lors de la célébration du mariage le futur se servait également de la lance pour couper les cheveux de la future: la lance disparut partout, mais la *hasta caelibaris* resta aux mains du futur. Il en fut de même du voile de la future *(flammeum).* Depuis longtemps la mode connaissait de meilleurs tissus, mais la future, pendant les noces, et la prêtresse, ne pouvaient se départir de la forme antique (218), de même que le prêtre ne pouvait cesser de porter des vêtements de laine (219). Celui qui opérait des visites domiciliaires, dans le

(217) Pline, *H. N.*, XVIII, 19. Arnob. VII, 26.

(218) Comp. sur ces exemples empruntés aux usages des noces, Rossbach, *Untersuchungen über die röm. Ehe.*, p. 104, 282, 291. V. un autre exemple dans Pline, *Hist. Nat.*, XXXIII, c. 4. *quo argumento* ETIAM NUNC *sponsae muneri* FERREUS *annulus mittitur* ISQUE SINE GEMMA.

(219) Servius, ad Aen., XII, 120.

but de découvrir des objets volés, était astreint encore dans les temps postérieurs à se vêtir de l'antique tablier de cuir *(licium, linteum)* (220). Avant l'introduction de l'argent monnayé, on était contraint de peser le métal — le système nouveau abolit cette formalité; mais dans le *nexum* et dans la mancipation on conserva, sinon le pesage même, du moins l'airain et la balance (§ 52). Le plus ancien vestige de l'époque primitive était la pierre à feu *(silex)*, dont on se servait dans la conclusion des traités internationaux pour tuer le porc offert en sacrifice (Tite-Live I, 24); elle date de l'âge de la pierre, par conséquent avant l'époque de la séparation des peuples indogermaniques, car lors de la séparation ils étaient déjà en possession de l'airain (221).

Dans tous ces cas, et dans maint autre (222), la forme n'avait absolument aucune signification a priori; elle n'était qu'un reste du passé, un caput mortuum. On pourrait certes soutenir

(220) Gell. XI, 18, § 9. XVI, 10, § 8. Festus, V° *Lance* (Müller, p. 117). Gaius, III, 193. A son époque l'expression était déjà surannée (*quid sit autem linteum, quaesitum est*). Dans le rite religieux le *linteum* se représente encore à l'époque d'Arnobius. V. ses Metam. lib. XI (ed. Bip., p. 272 « *linteo et rudi me contectum* », p. 276 « *linteis intectum* »). Sur cette forme de visite domiciliaire. V. T. II, p. 153, note 213.

(221) *Airain* = Sanscr. *Ayas*, lat. *aes*, goth. *aiz*, anglosax. *ar*, scandin. *eir*, haut allem. anc. *er*.

(222) Ainsi, par exemple, dans Lange, *Ueber die Transitio ad plebem*. Leipz. 1864, p. 46, note 2, où l'on indique le *rex sacrificulus* comme « roi apparent résiduel ». Une espèce particulière d'actes apparents résiduels est formée par certaines actions, qui, à l'origine, dépendaient entièrement de la libre résolution, mais qui plus tard furent érigées en nécessités légales et transformées en pures actions apparentes. Des exemples tirés de l'antiquité romaine sont la *lex Publilia* sur la collation de la *patrum auctoritas* (Tite-Live, VIII, 12) la *lex Maenia* (Ciceron, Brutus, 14; Tite-Live, I, 17, qui relève lui-même l'absence de signification de l'acte : *usurpatur idem jus* VI ADEMPTA), la *tutela mulierum* de l'époque postérieure (Gaius, I, 190).

que la force d'inertie, la puissance de l'habitude seules en ont fait une forme : mais il ne faut pas oublier que la puissance de l'habitude à elle seule suppose déjà une disposition subjective favorable à la forme. Si l'esprit avait été indifférent à l'élément extérieur, l'innovation qui s'était introduite dans les choses mêmes et dans l'application pratique, aurait affecté également la forme des choses. Il est possible au surplus qu'une époque postérieure ignorant l'origine historique de pareilles formes résiduelles, leur ait attribué une signification symbolique, qui leur était complètement étrangère à l'origine, et leur ait ainsi assuré l'existence. Je suis convaincu qu'une foule de formes que nous considérons comme symboliques n'étaient autre chose que des formes résiduelles (223).

Si les formes résiduelles sont les vestiges du passé, les formes *représentatives* en conservent le *souvenir*. Chez elles une imitation plus commode du passé, plus conforme au temps remplace la manière antérieure qui doit disparaître en tout ou en partie. Cette imitation ne sert que comme forme, elle est toute extérieure : c'est une concession qui concilie les exigences de la vie avec le désir de conserver la forme extérieure des choses.

Aussi longtemps que la puissance romaine ne s'exerça que sur un territoire restreint, le Préteur, dans le cas d'une revendication d'un fonds, pouvait se transporter sur les lieux avec les parties. Lorsque ce territoire devint de plus en plus vaste, l'ancienne organisation ne put se maintenir. Mais tout en obéissant à la nécessité, on sut cependant conserver l'apparence et le souvenir de l'organisation primitive : une motte de terre apportée par une des parties, représenta le fonds devant la justice. Les actes et les formes de procédure, qui impliquaient

(223) Ainsi, par exemple, il ne faut pas rejeter aussi loin que le fait Puchta, l'idée à laquelle il fait allusion, Cursus der Institutionen. T. 2, § 162, note m.

la présence du fonds purent ainsi rester debout. L'arrogation se faisait, à l'époque ancienne, dans les comices par curies avec la coopération des Pontifes, par un décret du peuple. Devenue impraticable plus tard, cette institution ne se perdit probablement que grâce à l'abstention du peuple qui ne voyait plus aucun intérêt à voter. Depuis, on le sait, les arrogations se firent par les Pontifes seuls — car, il est à peine besoin de le faire remarquer, les licteurs n'avaient vis-à-vis d'eux aucun droit de décision indépendante, — mais comme il fallait un décret de l'assemblée des curies, on tourna la difficulté en faisant représenter les trente curies par trente licteurs. Dans la réalité l'ancienne organisation était abandonnée, mais jusqu'à un certain point on en avait sauvé l'apparence extérieure (224).

La permanence de l'apparence extérieure, comme forme vide, après que le fond même des choses s'est évanoui, se retrouve aussi bien pour de simple formes que pour des institutions organisées. Elle se montre, pour les premières, notamment lorsque des formes symboliques se sont survécu, c'est-à-dire, lorsqu'elles ne sont plus comprises, lorsque la foi qu'elles inspiraient s'est évanouie. Quant aux secondes, elles peuvent continuer à subsister sous leur apparence extérieure lorsqu'elles ont perdu leur vérité et leur signification *pratique*, par exemple, lorsqu'on a transformé en un acte nécessaire une action primitivement abandonnée au libre arbitre, ou bien encore lorsque dans l'exécution, une prestation autre a remplacé celle que la loi imposait ou que contient la sentence ou la convention (225), etc. Il arrive parfois que comme dernier reste de

(224) V. d'autres exemples T. I, p. 345 et ci-dessus p. 190, v. aussi DEMELIUS, *Die Rechtsfiction*. Weimar, 1858, p. 1-15.

(225) Ainsi, par exemple, au lieu du talion une peine pécuniaire (T. I, p. 139 s.), au lieu de moutons ou de bœufs dont parlait l'ancienne *multa*, la somme tarifée par le *lex Aternia Tarpeia* et *Papiria* de 10 ou de 100

l'ancienne institution, le mot nu, simple, la formule, le nom seul survivent, quoique la chose elle même soit devenue complètement autre. Ainsi comme le dit MACROBE (226), le vin dont on se servait dans le temple de la déesse Ops, y était introduit, non sous sa dénomination propre, mais sous le nom de lait, et le vase qui le renfermait reçevait le nom de *mellarium*, en souvenir de ce qu'à l'origine on ne pouvait se servir dans les temples que de lait et de miel. En Angleterre, à l'époque ancienne, les fonctions supérieures de la justice ne pouvaient être remplies que par des lords; malgré les changements introduits plus tard, le nom et le titre de *Lord Chief-Justice* sont restés jusqu'aujourd'hui. Les chevaliers de nos ordres modernes n'ont, eux aussi, des anciens chevaliers, rien que le nom (227).

Cet attachement à la forme léguée par la tradition, mais dépourvue de toute signification quant au fond même des choses, ce culte de l'apparence extérieure paraissent tout d'abord sans importance et même blâmables, et la sagesse superficielle des hommes du progrès, depuis le temps de CICERON (note 141) jusqu'à nos jours, en a fait des gorges chaudes. Mieux eût valu comprendre la chose que de la railler. Elle présente un côté fort sérieux et l'on peut y voir sans hésiter un des phénomènes les plus importants de l'histoire de la civilisation.

La sûreté et la fixité de tout progrès repose sur la continuité historique, sur la liaison intime du présent avec le passé. Or,

as. Aujourd'hui même dans certains pays, (par exemple, en Suède), on prononce encore la peine de mort dans certains cas, où *pratiquement* on la remplace ensuite par une peine insignifiante d'amende ou de prison.

(226) SATURN., I, 12. PLINE, *H. N.*, XIV, 14. *Romulum lacte, non vino libasse*. Les libations à Cérès ne pouvaient non plus être faites avec du vin. MACROBE, III, 11.

(227) Autres exemples : la conservation du mot *aedes* dans les formules traditionnelles, même là où il ne convenait pas (VARRO de L. L. V, § 160), l'expression *pascua* (PLINE, *H. N.*. XVIII, 3), l'application de l'expression *judices* aux consuls (VARRON, VI, 88), etc.

la forme figure au premier rang de tout ce qui contribue à assurer cette continuité. Tous les autres éléments internes, réels, historiques, échappent toujours de plus en plus à la conscience des masses pour ne plus rester familiers qu'à un petit nombre de gens instruits; la forme, au contraire, est visible et se reproduit toujours, c'est dans la forme que le peuple va puiser la conscience de la continuité historique. Plus forte est l'empreinte dont les a marquées une circonstance particulière, disparue depuis, constitution, usage, mode, à laquelle elles doivent d'être, plus l'observateur trouve étranges certaines formes, plus, comme certains portraits d'ancêtres aux costumes et aux atours depuis longtemps oubliés, elles éveillent en lui le sentiment de l'*éloignement historique*, et plus aussi elles lui font ressaisir le passé, qui se détache visible à ses yeux et dans la pleine lumière de son caractère propre : elles conservent chez le peuple le souvenir des jours anciens, font revivre la mémoire des ancêtres, et communiquent ainsi cet esprit de conduite dans les questions pratiques du présent que nous admirons à juste titre chez les romains d'autrefois, et chez les anglais d'aujourd'hui. Le maintien des formes traditionnelles, même après qu'elles se sont survécu, est le résultat aussi bien que la source féconde de ce sens historique, sans lequel on n'a jamais encore élevé d'édifice durable ni dans l'État ni dans l'Église.

Voilà donc la première raison d'être du formalisme : il enseigne au sens historique à aimer, à apprécier, à pratiquer la forme comme telle. A cette valeur générale et *pédagogique*, si je puis m'exprimer ainsi, que possèdent les formes pour la formation du caractère du peuple, vient s'ajouter le second fondement du formalisme. Les idées, les organisations, etc., subissent l'influence conservatrice des formes, qui représentent leur expression extérieure. Plus le côté extérieur des institutions est fortement développé, plus leur propre force vitale est grande. C'est par la forme, que les idées, les organisations et les institutions se moulent, comme la vie, sur le monde sensible, qu'elles deviennent visibles et pénètrent dans les mœurs. Dans les circon-

stances ordinaires la forme assure et augmente leur vitalité : vienne le danger elle ne les soutiendra que mieux contre les assauts du dehors. Il est — et je parle surtout, mais non exclusivement des idées religieuses, — il est pour toutes les idées des périodes de tiédeur et d'indifférence chez les masses, de lassitude et de décadence, des périodes d'épreuves pendant lesquelles leur existence est en jeu. Les idées qui reposent purement sur elles-mêmes, c'est-à-dire, qui ne s'appuient pas sur cette base solide d'une forme déterminée voient s'évanouir leur force morale sur les âmes, et sombrent ; le peuple en perd la conscience et elles s'évanouissent. Et alors, lorsque s'apaise l'hostilité des temps, il en coûte, pour les faire revivre, de nouveaux efforts, des luttes nouvelles — c'est un nouvel enfantement, c'est de nouveau le rude baptême des épreuves de la vie. Bien différent est le sort de ces idées qui se sont retranchées dans des formes fixes, extérieures. Comme tout ce qui est plus humble en comparaison de ce qui est plus noble, la forme possède une force vitale plus tenace. Elle peut *végéter*, c'est-à-dire, durer sans être comprise ; l'idée ne le peut. Fragment indifférent de la vie extérieure conservé par la force de l'habitude, la forme, lorsque l'idée qui l'animait s'est perdue pour l'intelligence du peuple, continue à végéter — c'est une écorce morte, vide, en apparence sans raison d'être, sans valeur aucune. Alors se lèvent parfois les sages et les hommes sensés, qui crient au mensonge et à la tromperie et qui demandent que ce qui est devenu froid et inerte soit enterré comme un cadavre. Mais si le peuple possède ce sens de la forme dont il a été parlé, d'instinct il reste fidèle à cette forme méprisée comme morte. Il ne saurait mieux faire. En effet cette forme dont l'âme parait s'être envolée, n'est morte souvent qu'en apparence : elle dort par un temps âpre et dur, d'un sommeil hivernal, dont elle s'éveille au premier souffle de la brise du printemps. Souvent la forme doit mourir pour pouvoir éclore à une vie nouvelle. Dans ces circonstances, porter atteinte aux formes, ce n'est pas faire disparaître un cadavre, c'est détruire la chrysalide qui cache le futur papillon.

C'est donc quand la forme a perdu en apparence toute valeur, qu'elle déploie au contraire sa plus grande utilité, qu'elle rend à l'idée ses plus inappréciables services. L'existence végétative de la forme devient entre les mains de l'histoire le moyen spécifique d'assurer *la continuité du développement historique.* Si le plus souvent il arrive que ce qui parait mort, est et reste à jamais privé de vie, si la vie et l'esprit ne reviennent plus animer des formes finies, il faut que celui qui ne veut pas confondre l'apparence de la mort avec la mort réelle, commence toujours dans les cas douteux, par ne croire qu'à une mort apparente.

Confondant en un seul et même point de vue toutes les explications qui précèdent, nous pouvons y trouver cet enseignement que l'attachement aux formes n'est pas un fait purement extérieur et sans valeur : il est l'émanation de la tendance qui cherche à maintenir et à assurer la continuité historique du développement juridique. Les peuples chez lesquels cette tendance est le plus prononcée, sont ceux qui brillent surtout par leur amour pour la forme : au premier rang figure le peuple romain.

II. *Le formalisme du droit ancien.*

Étendue de l'empire de la forme. — Revue des actes formels. — Les actes apparents; définition, espèces, leur usage dans la jurisprudence ancienne. — *Mancipatio, in jure cessio, stipulatio.*

52. Si l'importance du formalisme dans le droit ancien ne nous était attestée par des preuves historiques positives, l'antiquité romaine toute entière serait là pour la proclamer. La tendance au formalisme anime le monde romain tout entier; tout entier il se plait à la forme et la caresse; partout il s'efforce de fixer toute l'activité humaine dans des formes déterminées et de traduire l'invisible sous des formes sensibles. La religion d'abord : tout ce qui s'y rattache, le culte religieux, les sacri-

fices, la prière, les vœux, les auspices, toute relation avec les dieux en un mot a ses formules et ses formes fixes. La vie publique toute entière, à l'intérieur comme à l'extérieur, dans les assemblées du peuple comme dans la Curie, à la guerre comme dans la paix, se déroulait dans des formes toutes tracées ([228]). La vie privée, les usages domestiques, l'entrée dans la société, le commerce juridique trahissaient le même amour de la forme. L'habit désignait l'homme libre et l'esclave, le majeur et le mineur, le sénateur patricien et plébéien, le chevalier et le simple citoyen, le magistrat ayant son siége à Rome, et celui qui regagnait son poste éloigné, l'aspirant à un emploi, l'homme en état d'accusation, l'exilé ([229]), en un mot le costume annonçait le rang, l'état, la position juridique.

Mais pour reconnaître le droit, l'histoire ne nous force pas à employer ce circuit, et si j'y entraîne le lecteur ce n'est que pour montrer le formalisme tenant sa place dans l'ensemble de la vie romaine, et le mettre plus en relief.

Les qualités des peuples ou des individus sont, en dernière analyse, des faits acquis qui arrêtent tout examen ultérieur, qui échappent à une explication plus étendue, et dont les motifs ne se perçoivent plus. Rien ne s'oppose cependant à ce que l'on tienne compte de certaines circonstances qui peuvent avoir in-

---

([228]) Th. Mommsen, *Römische Forschungen*, T. I, p. 336 et *Stadtrechte von Salpensa und Malaca*, p. 467, a soutenu le contraire pour les relations internationales et les rapports d'affaires de l'État avec les particuliers. Je ne puis partager sa manière de voir. L'ancien droit des féciaux était tout entier régi par la forme ; si dans les actes juridiques de l'État avec les particuliers on n'appliquait pas les formes que ces derniers avaient à observer entre eux, on en observait d'autres, non moins fixes et déterminées. Nous parlerons ailleurs des traités du *jus gentium* international. V. aussi contre l'opinion de Mommsen, Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, Leipzig, 1874, p. 14, note 15.

([229]) Pline, ep. IV, c. 11. *carent togae jure, quibus aqua et igni interdictum est.*

flué sur leur perfectionnement, et surtout à ce que l'on scrute le rapport dans lequel ces qualités se trouvent entre elles. Sans oublier donc aucune de ces circonstances concomitantes, nous pouvons affirmer que la qualité nationale prédominante des Romains fut certainement l'énergique développement que prit chez eux le sens de la forme. Déjà dans le cours de cet ouvrage nous avons passé en revue d'autres qualités du peuple romain, d'autres faits appartenant au monde romain, et nous avons eu soin de montrer leur rapport étroit avec le formalisme. Ce sont, 1) *la discipline militaire* (I p. 263), 2) *la liberté* (ci-dessus p. 157), 3) *l'esprit conservateur* (t. I, p. 329 et ci-dessus p. 199), 4) *la tendance à l'égalité abstraite* (t. II, § 33 et ci-dessus p. 162 s.).

Ce qui suit ne montrera le formalisme que dans l'ancien droit privé et la procédure. Dans ces matières, pour résumer toute mon opinion, il exerçait un empire exclusif. Cette assertion sera évidemment contestée, mais écartons tout d'abord un malentendu. Certainement il peut y avoir eu, dès ce temps là, à Rome, des actes sans formes que protégaient les usages, la loyauté, l'honneur, la considération du crédit personnel; ce n'est là que le complément essentiel du droit ancien. Ce dont il s'agit, c'est de l'efficacité *juridique* des actes, du pouvoir de contraindre en justice celui qui les a conclus. Or, pour, les actes sans forme, cette efficacité, ce pouvoir de contraindre, étaient absolument nuls. Cela ne souffre aucune discussion. Écartons encore deux autres rapports de droit qu'on pourrait opposer à nos affirmations, bien qu'ils n'aient rien de commun avec le point de vue que nous traitons. Ce sont la *possession* et les *condictions*. En vertu de son principe même, comme rapport purement de fait, la possession exclut la forme. Peu importe comment elle a pu naître : il suffit qu'elle soit. Les condictions se basent également sur un élément de fait, à savoir : l'élément purement matériel (indépendant d'une manifestation de volonté) de l'enrichissement injuste. Ce n'est pas la volonté dont l'expression est soumise à la forme, c'est l'avoir, la *res* qui est ici le fondement de l'action. Il serait inutile de mentionner ce rapport si dans bien

des cas la volonté ne constituait pas en apparence un facteur essentiel. Pour qu'une *condictio indebiti* ou *ob causam datorum* soit possible, il faut qu'il y ait eu d'abord un acte de volonté entre le demandeur et le défendeur. Mais l'action ne se fonde pas en réalité sur cet acte de volonté, elle repose sur l'enrichissement survenu *à l'occasion* de cet acte. Les mêmes considérations s'appliquent au prêt. Pour motiver l'obligation de restituer, le demandeur n'invoque pas l'élément de volonté à un autre titre que dans les actions précédentes. Il y a dans ce cas-ci comme dans ceux-là un enrichissement produit par l'activité humaine : l'un a donné, l'autre a reçu; mais l'action trouve également sa base juridique, moins dans la volonté que dans la *res* elle-même. Aussi le *mutuum*, quelles que soient les paroles échangées, prononcées, ne peut-il exister qu'autant que l'on a *donné* (230).

On se demandera pourquoi nous écartons dès à présent la possession et le *mutuum*, alors que l'ancien droit présente tant d'autres actes soustraits à toute forme, notamment toutes les conventions du *jus gentium*. Nous en verrons le motif plus tard; contentons-nous, pour le moment, de dresser un tableau présentant au point culminant de son développement l'opposition entre les actes soumis au formalisme et ceux soustraits au joug de la forme. Les actes de cette dernière catégorie dont l'origine nouvelle est hors de doute sont inscrits dans une colonne spéciale, pour les distinguer de ceux dont l'âge est douteux.

(230) L. 11, § 1 de reb. cred. (12-1).

	ACTES FORMELS. — Droit ancien.	ACTES SANS FORMES	
		d'origine nouvelle incontestable.	d'âge douteux.
PROCÉDURE CIVILE.	Actions de la loi et procédure formulaire.	*Extraordinaria cognitio.*	
AFFRANCHISSEMENTS.	*Manumissio vindicta, censu, testamento.*	*inter amicos, per epistolam, etc.*	
MARIAGE.	*Confarreatio.*	Concubinat comme rapport légalement reconnu.	Prétendue conclusion par simple consentement.
PUISSANCE PATERNELLE.	*Arrogatio, adoptio, emancipatio.*		
MANUS.	*Coemptio.*		
MANCIPIUM.	*Mancipatio.*		
TUTELLE.	*Tutoris auctoritas.*	Consentement du curateur d'un mineur.	
PROPRIÉTÉ.	*Mancipatio, in jure cessio.*	Tradition d'une *res mancipi* (propriété bonitaire).	Acquisition de la propriété sur les *res nec mancipi* par simple tradition.
SERVITUDES.	*Idem.*	Tradition. (*pacta atque stipulationes*, dans les provinces).	
DROIT HYPOTHÉCAIRE.	*Idem.* (*fiducia*).	*Pignus, hypotheca*, comme droit réel.	
OBLIGATIONS.	*Nexum*, contrats verbaux et littéraux.	Pactes pourvus d'une action, cession, remise.	Conventions du *jus gentium.*
DROIT HÉRÉDITAIRE.	Testament.	Testament des soldats, codicille.	
	Formules pour les dispositions testamentaires.	Abolition des formules.	
	Legs.	Fidéicommis.	
	Cretio.	Adition sans formes, restitution du fidéicommis universel.	

On pourrait s'étonner que le *pignus,* qui cependant remonte à l'époque la plus ancienne, ne figure pas dans la première colonne de ce tableau, mais les mots : *comme droit réel* que j'ai ajoutés, donnent l'explication de ce classement. Le *pignus* ne conférait aucun droit réel au créancier dans l'ancien droit, mais le créancier était mis en possession de la chose et nous venons de voir qu'il y a lieu d'écarter ici la possession. L'on ne doit pas s'étonner non plus de rencontrer dans la deuxième colonne l'adition sans formes de l'hérédité. Rien n'atteste, il est vrai, qu'elle ne date que d'une époque plus récente. Mais si l'on réfléchit que le formalisme n'a réglé et régi aucune partie du droit ancien d'une manière plus rigoureuse que le droit héréditaire, si l'on songe que c'est dans le testament que la forme et le formalisme ont atteint leur plus haute expression, on doit considérer comme une impossibilité absolue que le droit héréditaire, dont le premier acte, le testament, était maintenu dans les formes les plus rigides, aurait pu avoir pour second acte une adition d'hérédité complètement dépourvue de formes. Pour qu'il en fût ainsi, les juristes auraient dû se démentir eux-mêmes, renier leur méthode et abandonner le principe de la symétrie ou de la correspondance de la forme qu'ils mettaient si soigneusement en pratique dans les actes juridiques (§ 55). Il est même inutile de rappeler qu'un juriste romain cite l'*hereditatis* ADITIO parmi les *actus legitimi* ([231]); les compilateurs des Pandectes, comme ils l'ont fait en tant d'autres matières, ont pu remplacer, ici, par une expression encore en usage, un terme suranné du droit ancien (*cretio*).

Le tableau que nous avons eu sous les yeux fournit les conclusions suivantes : sont tenus à des formes fixes tous les actes qui sans conteste appartiennent au droit ancien; ceux qui se rattachent avec certitude à l'époque nouvelle ont abandonné le formalisme; en d'autres termes, l'époque antérieure a une

([231]) L. 77 de reg. jur. (50-17).

tendance aussi décidée pour imposer la forme que l'époque postérieure pour y échapper. Dans le droit nouveau, le nombre et l'importance des actes dégagés de la forme ne fait que grandir : ceux de l'ancien système qui survivent encore s'éteignent peu à peu, leur signification se perd, ils disparaissent. Nous aurons l'occasion de décrire ce travail dans le troisième système. Seul, le droit de famille, abstraction faite du prétendu défaut de formes dans le mariage, que nous examinerons plus tard, reste complètement à l'abri de ce contraste. L'action de l'époque nouvelle ne s'y manifeste qu'en allégeant et en abrégeant les formes existantes, jusqu'à ce qu'elles cèdent enfin devant des formes complètement neuves. Un dernier produit du formalisme vint à éclore dans les derniers temps de l'empire : ce furent ces formes établies par la législation, que nous avons, plus haut (p. 188), nommées *à tendances*, fruits tardifs ayant leur caractère tout spécial. Il faut ranger dans cette catégorie : en matière de droit héréditaire, le codicille solennel; en matière d'hypothèques, le *pignus publicum;* pour les grandes donations, l'insinuation ; pour les intercessions des femmes, l'*instrumentum publicum;* pour l'affranchissement, les formes modernes, etc. Ces formes contiennent l'aveu des résultats défavorables qu'avait fini par produire le défaut de formes dans les actes juridiques. Sans relation historique avec le formalisme du droit ancien, elles ne sont pas mentionnées dans le tableau ci-dessus. Il ne s'agissait dans ce tableau que de représenter d'un trait et d'une façon provisoire la différence entre les actes formels du droit ancien et les actes sans formes du droit nouveau, afin que le lecteur ne préjugeat rien quant à l'assertion que j'avais avancée, et qu'il voulût en attendre la preuve que je fournirai en son temps. Il comprendra maintenant que j'aie dû me demander si, les actes de la première colonne appartenant indubitablement au droit ancien, et ceux de la deuxième colonne au droit nouveau, les actes mentionnés dans la troisième ne doivent pas être également rattachés au droit nouveau, à cause de leur parenté étroite avec ces derniers ?

Le moment est venu où les divers actes formels du droit ancien devraient être examinés chacun en particulier. Nous ne ferons que les passer rapidement en revue, nous bornant à n'en analyser de près que trois : cela dispensera d'explications connues de tout le monde, et qui se trouvent dans tout manuel de l'histoire du droit romain. Mais il est un point sur lequel les manuels gardent le silence, qui doit nous arrêter. C'est la *théorie générale du formalisme.* Uniquement préoccupée du caractère extérieur et concret des diverses formes isolées, notre histoire positive du droit, fidèle à son procédé, ne s'est guères souciée de la découverte des idées communes ni des lois qui en forment la base, c'est-à-dire du caractère *général* de la forme. Nous pouvons, sans être sévères, lui reprocher en maintes occasions d'avoir fait preuve d'une complète ignorance des principes les plus élémentaires du formalisme romain ; ignorance d'autant plus étrange qu'elle forme un contraste frappant avec la naïve assurance qu'elle a mise à reconstruire les formules romaines.

Les actes formels du droit ancien se groupent naturellement d'après la catégorie des *personnes qui y concourent.* Nous obtenons ainsi les classifications suivantes (232) :

1. Concours du peuple : *Testamentum in comitiis calatis,* et *arrogatio;* au camp, coopération de l'armée : *testamentum in procinctu* et *adoptio pro concione* (233).

2. Concours des autorités civiles ; devant le censeur : la *manumissio censu;* devant le Préteur : toutes les *legis actiones* de la procédure, à l'exception de la *pignoris capio;* les actes de la

(232) Je ne pourrai examiner qu'à une autre place les actes de l'État avec les personnes privées.

(233) Sur cette dernière forme généralement perdue de vue v. Suetone, Galba, c. 17, 18, *perduxit in castra ac pro concione adoptavit.*

juridiction volontaire dans la forme de l'*in jure cessio : manumissio vindicta*, *in adoptionem datio*, *emancipatio*, cession de la tutelle et de l'*hereditas legitima*.

3. CONCOURS DES AUTORITÉS RELIGIEUSES, notamment des *pontifices* et du *flamen dialis*; dans les actes civils proprement dits, il y avait toujours, à ce qu'il parait, le concours du peuple : *testamentum*, *arrogatio*, ou l'assistance de témoins : *confarreatio*.

4. CONCOURS DE TÉMOINS ([234]), dix témoins : *confarreatio*, cinq témoins : *nexum*, *mancipatio*, *coemptio*, *testamentum per aes et libram*; et sans indication de nombre : *cretio* ([235]), et visites domiciliaires afin de découvrir des objets volés ([236]). On ne sait guères grand chose sur le rôle des témoins en justice. Il faut mentionner aussi les témoins dans l'*in jus vocatio*, les témoins dans la *litis contestatio*, lesquels dans le transport apparent sur le fonds revendiqué (*ex jure manum consertum vocare*) sont appelés *superstites*.

5. PUBLICATION OU CONCOURS DU PUBLIC. La publicité était prescrite dans la loi des XII tables par rapport au débiteur

([234]) La large extension de l'usage des témoins faisait que la peine d'incapacité de tester était une des plus graves que le droit pût comminer. L'*intestabilis* n'était pas seulement incapable de fonctionner comme *témoin* dans un acte pareil, mais même de tester personnellement; et comme des témoins devaient être appelés même dans la procédure, il était probablement aussi incapable d'entreprendre avec succès des actes de procédure en justice. Peut-on voir une allusion à cette disposition dans le passage de PLAUTE, Curc. V, 2.24 ? Il s'agit de quelqu'un appelé pour servir de témoin dans une *in jus vocatio*, et qui refuse; on lui adresse cette malédiction : *Jupiter te male disperdat*, INTESTATUS VIVITO, c'est-à-dire évidemment : qu'il t'en arrive autant, que personne ne te donne son témoignage (entre autres même dans une *in jus vocatio*). Dans le droit nouveau la notion de l'intestabilité a toutefois reçu une signification plus étroite.

([235]) VARRON de L. L. VI, § 81 .. *cernito id est facito videant te esse heredem itaque in cretione adhibere jubent* TESTES. CICERO ad Attic. XIII, 46, *liberam cretionum* TESTIBUS PRAESENTIBUS.

([236]) GAIUS, III, 186... *testibus praesentibus*.

incarcéré; il devait être par trois fois exposé publiquement en vente, avec proclamation du montant de la dette [237]. La *lex Cicereia* la prescrivait également pour le cautionnement [238], et il est certain qu'il y eut encore d'autres cas où la publicité était requise.

6. Actes sans le concours d'autres personnes que les parties. Les principales applications de cette forme se trouvent dans le droit des obligations (contrat verbal et littéral). La *tutoris auctoritas* se rattache à toute autre espèce de forme, et ne peut par conséquent être considérée comme une forme à part; mais elle était une *forme* aussi et exigeait par conséquent des termes déterminés, cela ne me semble guères faire doute.

La diversité de ces formes doit en faire rechercher le motif. Quoiqu'il ait été déjà brièvement indiqué (p. 170 s.), il y faut revenir. A mon avis, c'est l'*intérêt* qui a créé cette diversité. La stipulation et le contrat littéral bornent leurs effets exclusivement aux parties qui interviennent dans l'acte, voilà pourquoi elles y paraissent seules. Les actes des cinq autres catégories étendent au contraire leurs effets au-delà des parties qui y figurent, et c'est ce qui fait que des tiers doivent y intervenir. Pour certains d'entre eux l'intervention de personnes étrangères n'a d'autre but que de porter l'acte à la connaissance de tous les intéressés, ces personnes ne sont appelées que pour faire foi de la publicité donnée à l'acte (no 2.4.5); dans d'autres (1.3), l'intervention de personnes étrangères, leur donne, à elles-mêmes, le moyen de garantir les intérêts qu'elles ont à sauvegarder, de contredire à l'acte, de l'empêcher au besoin [239].

Il résulte de ce qui précède que le nombre des formes proprement dites du droit ancien n'était pas précisément grand.

---

[237] Gellius, XX, 1, § 47... *ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae judicati essent,* praedicabatur.

[238] Gaius, III, 123.

[239] Quant au testament V. T. I, p. 142 s.

La place la plus importante de beaucoup, parmi elles, est prise par la *mancipatio,* l'*in jure cessio* et la *stipulatio.* En effet, tandis que les autres se limitent à certains actes déterminés, celles-ci sont en quelque sorte des formes abstraites, susceptibles des applications les plus multiples. Grâce à leur utilité générale, un petit nombre de formes devait donc suffire au droit ancien. C'est là un avantage que nous avons déjà fait ressortir précédemment (p. 22). Examinons maintenant ces trois formes en détail.

Une idée domine dans chacun de ces trois actes : c'est celle de l'*acte apparent* [210]. La *mancipatio* se présente comme *imaginaria venditio* [211] ; dans le *testamentum per aes et libram,* la *mancipatio* elle même ne s'emploie que *dicis causa* — c'est l'acte apparent élevé à la deuxième puissance. L'*in jure cessio* était une revendication apparente. La stipulation n'était pas, il est vrai, un acte apparent, mais elle fonctionnait comme telle dans la *sponsio praejudicialis* de la procédure romaine. Commençons donc par nous mettre d'accord sur une idée que nous allons rencontrer à chaque pas.

Agir en apparence (dicis causa) est le contraire d'agir sérieusement; c'est accomplir une action *extérieure,* c'est prononcer des paroles auxquelles aucune intention ne correspond. C'est donc là une idée qui peut trouver son application partout, et qui n'appartient pas exclusivement au droit seul. Dans l'*acte juridique* il y a absence d'intention lorsque, de propos délibéré, on ne veut pas faire suivre l'acte des effets juridiques qui lui sont propres. Ce but ne peut être atteint qu'au moyen d'une entente avec la partie adverse. Telle est la base de l'idée de l'acte *simulé.* Une donation déguisée sous la forme d'une vente nous en fournit un exemple. Il est un autre acte juridique qui, au premier abord, présente avec l'acte simulé la plus grande

(210) V. Degenkolb, *Zeitschr. für R. G.,* T. 9, p. 128-130.

(211) Gaius, I, 119. Ulpien, XX, 1.

analogie, et qu'il faut bien se garder de confondre avec lui : c'est celui que l'on conclut dans la seule intention de n'en faire résulter que certains effets, parfois même fort secondaires (242). Lorsque LICINIUS STOLO émancipa son fils, pour échapper aux dispositions de sa propre loi, la *lex Licinia de modo agri* (p. 155), il ne fit pas un acte apparent dans le sens *juridique*, car son fils était et resta *libre*. Ce n'était pas la *volonté juridique* qui lui manquait (et elle seule peut donner la mesure de la valeur juridique de son action), mais bien l'intention *morale;* il ne procédait à l'émancipation qu'en vue des avantages secondaires qui y étaient attachés, il abusait du lien de famille dans l'unique but d'éluder sa propre loi, et ce fut pour cela qu'innocent devant la loi, il fut condamné par le peuple souverain.

L'acte apparent, dans le sens technique, doit être distingué de l'acte simulé. Nous établirons cette distinction d'une manière plus précise au § 68. Pour le moment nous nous contenterons de l'indiquer en quelques mots. L'acte simulé est uniquement l'œuvre des parties, il épuise son efficacité, en tant qu'aucun obstacle légal ne s'y oppose, dans un cas unique. L'acte apparent, au contraire, était une création du commerce juridique ou de la jurisprudence, c'était une forme pratique reçue. Historiquement, il se peut que l'acte apparent n'ait été souvent que le dernier reste d'un acte simulé que la coutume avait érigé en règle et que la justice avait fini par tolérer. Mais les juristes de Rome ont certainement inventé et introduit à priori bon nombre de ces formes pratiques. Dans les deux cas c'est un but pratique déterminé qui a donné naissance à l'acte apparent, il a été créé avec intention; en un mot, il n'a jamais existé que comme acte apparent. Nous appellerons *originaires*, cette espèce d'actes apparents, pour les opposer aux *actes apparents résiduels*, qui ne sont que le caput mortuum d'actes réels antérieurs, qui ne doivent leur maintien qu'à la force d'inertie historique, et qui,

(242) V. pour plus de détails T. IV, § 67.

ne poursuivant aucun but pratique, ne contiennent plus rien que le souvenir d'antiques institutions disparues.

L'acte apparent contenait pour la jurisprudence ancienne un problème particulier. D'une part, en effet, l'*apparence* devait réellement exister. Le but à atteindre ne pouvait pas contredire trop ouvertement les faits extérieurs, un certain décorum extérieur devait être constamment observé. Comme toute comédie, cette comédie juridique devait pouvoir faire illusion. Bien des indices démontrent d'une manière incontestable que la jurisprudence appréciait la valeur de ces considérations. Il est bien évident tout d'abord que l'acte ne pouvait se désigner lui-même sous le nom d'acte apparent. Dans la *sponsio praejudicialis* (243), il ne fallait pas que la somme fût payée en réalité, mais cela ne devait pas être *dit* — la stipulation et le jugement parlaient d'une obligation de payer.

Lorsque la *mancipatio,* la *coemptio,* l'*in jure cessio* n'avaient lieu que *fiduciae causa*, l'acceptant ne devait pas, comme dans d'autres cas, avoir et garder en réalité la personne ou la chose, mais il devait la restituer d'une manière convenue entre les parties. L'acte lui-même, (la *nuncupatio*) était muet sur cet accord, car celui-ci démentait le but même de l'acte. Le simple bon sens se refusait à admettre qu'il y eût acquisition, là où l'on était d'accord que la chose devait être restituée. Cette

(243) Pour obtenir une décision judiciaire sur une question quelconque, par exemple, si quelqu'un est le plus proche parent, le propriétaire, s'il a fait telle ou telle chose, etc., on faisait une stipulation dans laquelle l'une des parties promettait à l'autre une somme quelconque sous la condition que le fait (soumis à l'appréciation du juge) fût vrai. Cette somme était demandée, et le juge était ainsi obligé de rechercher l'existence de la condition et de se prononcer indirectement, en condamnant ou en absolvant le défendeur, sur l'existence ou la non existence de ce fait; mais la somme n'était pas exigée après cela. Ce que l'on voulait ici, on ne le disait pas, et ce qu'on disait, on ne le voulait pas. Gaius, IV, 93-94. V. T. II, p. 85. Keller, *Civilprocess,* § 25.26.

convention ne pouvait donc être faite, comme dans la *sponsio praejudicialis* et comme aujourd'hui encore dans tout acte simulé, qu'accessoirement, c'est-à-dire en dehors des termes de l'acte proprement dit ([244]). Telle est la base de la *fiducia* ou de l'acte conclu *fiduciae causa,* et l'on peut comprendre ainsi qu'alors même que ces actes appartenaient au *strictum jus,* la *fiducia* n'engendrait jamais qu'une *bonae fidei actio.* Si cette convention accessoire avait fait partie intégrante de l'acte, elle aurait bénéficié, elle aussi, de la disposition de la loi des XII tables qui reconnaissait valables toutes les conventions accessoires *(cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit ita jus esto).* Ce fut pour le même motif que la *fiducia* partagea pendant des siècles le sort de tous les autres rapports de bonne foi ; son efficacité reposait uniquement sur la *fides* de l'adversaire, le cas échéant sur sa crainte de l'infamie que devait entraîner un manque de parole. Le droit n'accordait aucune action ([245]). Telle est encore la raison pour laquelle la *fiducia* était limitée aux actes juridiques solennels, quoique de pareilles conventions pussent se rencontrer tout aussi bien en cas de

([244]) Cela est particulièrement frappant dans l'*in jure cessio.* Où la convention accessoire aurait-elle pu ici se trouver dans la formule de la revendication? C'eût été une monstruosité juridique de l'y insérer. Il en est de même quant à la *mancipatio* et ce n'est pas par oubli que GAIUS, I, 132, dans la description de la triple mancipation du fils ne mentionne pas le *pactum fiduciae;* ce pacte n'apparaissait pas dans l'acte lui-même. Le criterium de l'acte conclu *fiduciae causa,* était uniquement dans son *but,* et non dans sa forme ; de là aussi sa désignation d'après cet élément : *fiduciae* CAUSA *mancipare, coemptionem facere,* etc. On voit par là comment il faut comprendre les expressions de ce genre, telles que *res mancipatur, ut eam mancipanti remancipet* (BOETHIUS ad Cic. Top. c. 10. ORELLI, p. 340), *quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur* (GAIUS, I, 140).

([245]) IHERING, *Ueber das Schuldmoment im römischen Privatrecht,* Giessen, 1847, p. 29-36.

tradition. Dans ce dernier cas l'obstacle résultant de la forme disparaissait, les conventions des parties, en tant qu'elles étaient juridiquement possibles, prenaient toutes place dans l'acte même, elles ne formaient pas un pacte *à côté* de celui-ci, mais une partie intégrante de son contenu ([246]).

Les considérations qui précèdent nous fournissent la clef d'un autre phénomène qu'il serait difficile d'expliquer autrement. Il y avait des cas où le *mancipium* et la *manus* étaient employés dans certains buts déterminés, comme transition d'un état à un autre, comme actes purement apparents par conséquent ([247]). On serait tenté de croire que la situation apparente qui en résultait alors, ne durait qu'un moment, mais diverses circonstances concourent à faire admettre que sa durée pouvait se prolonger pendant un temps plus ou moins long, sans que nous en sachions davantage ([248]). Cette situation toute passagère ne

([246]) Les Romains eux-mêmes sont fort peu explicites sur ce sujet : c'est une de ces théories qu'il faut chercher entre les lignes. L'opinion dominante fait du pacte accessoire une partie de l'acte lui-même. V. par exemple, Huschke, *Recht des Nexum*, p. 76 : « parce que cet acte (*fiducia*) reposait sur la *mancipatio,* » p. 117 : « il donnait le fonds en *fiducia* au moyen de la *nuncupatio ;* » Dernburg, *Pfandrecht*, I, p. 9. — Depuis la deuxième édition de cet ouvrage (1869), l'opinion défendue dans le texte a trouvé un nouvel appui dans la table d'airain trouvée en Espagne (reprod. dans le Corp. inscr. latin. II, p. 700, et par Degenkolb, dans la *Zeitschr. für R. G.*, T. 9, p. 118, 119), qui désigne expressément ce pacte comme *pactum conventum*, c'est-à-dire, comme pacte accessoire sans forme. V. Degenkolb, *l. c.*, p. 171-179.

([247]) Le *mancipium* servait à procurer l'*in adoptionem datio* et l'*emancipatio* (Gaius, I, 132), la *manus* suivie de *mancipium* et d'affranchissement, servait aux femmes 1° pour changer leurs *tutores legitimi* (Gaius, I, 115); 2° pour obtenir la capacité de tester (Gaius, I, 115a); 3° pour être déliées des *sacra* (Ciceron pro Murena, c. 12). V. T. IV, § 68.

([248]) V. par exemple Gaius, I, 135... *qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est.* Le § 115a n'aurait pas de sens, sans cela ; V. encore le § 118... *nec ob id filiae loco sit,* et § 182... *etiamsi nondum manu-*

formait cependant qu'un moyen de réaliser le but que l'on avait en vue, et dès lors le motif pratique qui pouvait lui faire accorder une durée quelconque échappe complètement. Pourquoi, par exemple, l'émancipation d'un fils ne pouvait-elle s'accomplir au moyen de trois mancipations et de trois affranchissements dans le courant d'un seul jour? C'est que cette situation toute apparente qu'elle fût, ne pouvait cependant dégénérer en une pure plaisanterie : cette comédie, il plaisait aux Romains de la traiter sérieusement, ils prétendaient que ces rapports apparents eussent une certaine existence réelle (249).

Comme pour la forme extérieure, il y avait également une certaine mesure à garder par rapport à la nature juridique intime de l'acte employé comme acte apparent. On ne pouvait, par exemple, appliquer l'*in jure cessio* à des rapports dans lesquels une revendication était impossible, ni l'étendre à des pérégrins (250). Dans un seul cas peut-être cette limite n'a pas été observée : c'est celui du *testamentum per aes et libram*. Une mancipation qui devait transférer l'hérédité toute entière avec dettes et créances, qui en outre pouvait ne pas le faire de suite ni irrévocablement, mais disposait seulement pour l'avenir et sous une condition (tacite), dans laquelle ensuite des tiers, les

---

missus sit, sed adhuc in causa mancipii, et encore moins la remarque : *sed in usu est eidem mancipari;* et la répétition de celle-ci par rapport à la troisième mancipation. V. aussi Gaius, II, 41. C'est probablement à cela que Justinien fait allusion lorsqu'il reproche au rituel ancien de l'émancipation ses *circumductiones inextricabiles.* (L. 6, C. de emanc. (8-49).

(249) C'est ainsi que de nos jours l'avancement inévitable des fils de rois de la position de simples soldats au grade de général ne se fait que peu à peu, bien que les degrés intermédiaires n'aient pas, ici non plus, une signification sérieuse, et pourraient être à la rigueur franchis tous en un seul jour. Ce dernier parti fut possible en réalité, plus tard. V. Paul, *S. R.*, II, 25, § 2.

(250) Gaius, II, 65... *in jure cessionis jus proprium est civium romanorum.*

légataires, pouvaient puiser des droits — un acte pareil n'était plus une *mancipatio*, mais avait en réalité un tout autre caractère.

Cet exemple est précisément propre à nous montrer le rôle particulier de la jurisprudence dans la formation de l'acte apparent. A côté de la considération invoquée plus haut, venait s'en ranger une autre d'un caractère bien plus urgent; le but pratique de l'acte apparent. Ce but, on ne pouvait le sacrifier à la forme : on ne pouvait admettre des conséquences qui étaient en contradiction avec le but même que l'on poursuivait dans l'acte. Il fallait donc concilier autant que possible la forme et le contenu de l'acte : il fallait sans porter atteinte à des intérêts majeurs, tout en faisant encore prévaloir la *forme*, donner cependant le pas à la *chose*.

Les exemples d'actes apparents de l'ancien droit qui sont parvenus jusqu'à nous, nous découvrent à toute évidence ce *système de transaction* établi entre l'intérêt technique de la forme, et l'intérêt pratique.

Prenons d'abord deux exemples où la forme triomphe. Nul ne pouvait au moyen d'un acte juridique acquérir pour celui sous la puissance duquel il se trouvait ni servitudes personnelles, ni servitudes urbaines, bien qu'il pût lui acquérir des servitudes rustiques ([251]). Disposition étrange! si nous ne possédions le mot de l'énigme, nous nous efforcerions en vain de le trouver, car au point de vue du fond du droit la disposition est absolument incompréhensible. En voici l'explication. Les servitudes rustiques étaient *res mancipi*, les servitudes urbaines *res nec mancipi* : les premières pouvaient être acquises par *mancipatio*, les secondes seulement par *in jure cessio*, or, les personnes sous puissance pouvaient avoir recours à la première, tandis que la loi les frappait d'incapacité quant à la seconde ([252]). La raison

([251]) L. 12 de Serv. (8-1). Vat. fr., § 51.

([252]) Gaius, II, § 87, III, 167. Vat fr., § 51. — Devaient-elles rapporter

en était que l'*in jure cessio* était une revendication apparente, et qu'une revendication devenait impossible pour les personnes sous puissance attendu qu'elles ne pouvaient rien avoir en propre. D'une logique incontestable au point de vue de la forme, cette prohibition contenait cependant une contradiction. Il en résulta cette étrange conséquence, que grâce à une disposition de dernière volonté de la part d'un tiers (253), ces mêmes personnes pouvaient acquérir ces mêmes droits à celui sous la puissance duquel elles se trouvaient tandis qu'elles ne le pouvaient au moyen d'un acte juridique; qu'elles pouvaient accepter des hérédités, lui procurer des biens ruraux, toute espèce de choses enfin, les plus importantes des servitudes, mais que cette capacité s'arrêtait aux moins importantes. Le motif pour lequel dans ce dernier cas, on ne s'est pas écarté de ce que la logique de la forme entraînait après elle, réside peut-être dans cette circonstance qu'il s'agissait là de droits d'une importance moindre.

Voici maintenant le second exemple. Dans le testament toutes les personnes (fils, frères, père) liées au *familiae emtor* par le lien de la puissance paternelle, étaient inhabiles à fonctionner en qualité de témoins (254); mais la même exclusion ne frappait ni les héritiers institués, ni les légataires, ni aucunes personnes

---

à leur maître les mots à prononcer? Cela était possible, et l'on pouvait même le désigner individuellement (*nomen adjectum*) ainsi que le montre le § 167 de Gaius. En opposition à cette désignation individuelle, nous pouvons tout aussi bien nous figurer la formule se rapportant au maître et contenant la désignation *abstraite* de celui-ci (*ajo rem domini esse*) que se rapportant directement à celui qui parlait (*ajo rem meam esse*). Cette dernière rédaction aurait contenu une inexactitude, ou plutôt une véritable fausseté, car *cum istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil (suum esse) in jure vindicare possint.* Gaius, II, 96, et nous pouvons ajouter : *ut nihil suo nomine mancipio accipere possint.*

(253) Vat. fragm., § 51.

(254) Gaius II, § 105, 106 : *domesticum testimonium.* Ulp., XX, § 3-5.

qui avaient avec ceux-ci des liens de famille de la nature ci-dessus indiquée ([255]). — Quel en était le motif? Le testament était dans la forme une affaire conclue entre le testateur et le *familiae emtor*. A l'origine, et aussi longtemps que l'on continua à manciper la *familia* aux héritiers mêmes, la disposition eut un sens; mais lorsque cet état de choses cessa, elle perdit toute signification et cela d'une part comme de l'autre. — En effet quel intérêt le *familiae emtor* pouvait-il avoir au testament, que le témoignage de ses parents pût mettre en suspicion? Chez l'héritier au contraire l'intérêt existait. On avait ainsi par amour pour la forme interverti le véritable rapport, on avait, grâce à une application fausse, enlevé toute valeur à une idée parfaitement juste en elle même, le *domesticum testimonium* ([256]). C'était évidemment une méprise. Dans le premier cas, il est vrai, elle était assez peu importante: il se trouvait toujours des témoins en assez grand nombre pour rendre peu gênante la prohibition imposée par la loi. Il n'y avait là qu'une concession fort innocente faite à la forme. Mais il n'en était plus de même pour le second cas : si quelqu'un devait être écarté comme témoin, c'étaient bien les héritiers et les légataires. La jurisprudence romaine éprouva ici l'embarras de devoir enseigner une règle, contre laquelle sa propre raison s'insurgeait. Pour couper court à la difficulté elle se borna à recommander de ne la mettre en pratique que le plus rarement possible ([257]).

Ces deux exemples pourraient faire prévaloir l'opinion, que

([255]) GAIUS, II, 108. CICERON pro Milone c. 18. Lorsque ULPIEN, dans la L. 20, p. qui test. (**28**-1), exclut l'héritier, cela ne s'accorde pas avec la manière dont il s'exprime sur la question dans ses fragments, XX, 3-5, et l'opinion qui déclare ce texte interpolé (GLÜCK, Commentar, T. 34, p. 245) est donc bien fondée.

([256]) En affirmant dans le § 10 Inst. de test. ord. (**2**-10) que toutes les notions du droit avaient ainsi été renversées, (*totum jus conturbatum erat*, JUSTINIEN émettait une critique parfaitement juste.

([257]) GAIUS, II, § 108... *sed tamen... minime hoc jure uti debemus*,

dans les actes apparents, la jurisprudence romaine a sacrifié, de parti pris, à la logique de la forme. Il n'en est rien cependant, et les exemples qui vont suivre, nous convaincront qu'en cette matière, comme dans celle de l'interprétation des lois (p. 149), la jurisprudence est restée fidèle à son caractère, respectant les formes, comme elle respectait les termes de la loi, tant qu'il n'y avait pas un sérieux intérêt pratique en jeu. Elle ne s'est écartée des formes que dans le cas d'une nécessité pratique absolue.

A ne considérer rigoureusement, en théorie, l'*in jure cessio* que comme le prototype de la revendication, il faudrait admettre qu'elle s'appliquait à tous les cas auxquels s'appliqua plus tard la revendication. Mais plus étroite était la portée de l'*in jure cessio*. Résultat immédiat d'un besoin pratique, la logique abstraite restait étrangère au but qu'elle se proposait. L'héritier testamentaire pouvait *revendiquer* une hérédité tout aussi bien que l'héritier ab intestat, mais seul l'*heres legitimus* pouvait la *céder in jure* avec plein effet, et encore seulement *avant* l'adition ([258]). Seul le *tutor legitimus* d'une femme pouvait *céder* ([259]) la tutelle : tout tuteur pouvait la *revendiquer*.

La *manus* réelle accordait au mari toute la fortune de la femme et reconnaissait à celle-ci un droit héréditaire à la succession du mari. Ces mêmes effets ne découlaient pas de la *manus apparente* ([260]), à moins que celle-ci n'eût été conclue avec le mari lui-même ([261]) : ces conséquences sont toutes également justes. L'enfant vendu *réellement* par le père devenait libre par l'expiration de la période du recensement (II, p. 179), l'en-

([258]) Gaius, II, 34-36.

([259]) Gaius, I, 168. Ulp. XI, 6, 8, 17. La *tutela cessitia* est également au surplus une preuve éloquente de mon assertion. V. Ulp. XI, 7.

([260]) Quant au premier v. Gaius, II, 98. Quant au second, Gaius, I, 118, Verb. *nec ob id filiae loco sit* et 115b.

([261]) Gaius, I, 115b.

fant vendu en apparence, devait lui être remancipé [262]. On ne pouvait usucaper sans titre une chose que l'on avait réellement mancipée ou cédée *in jure,* lorsqu'on en restait soi-même en possession, mais on pouvait usucaper les choses que l'on avait aliénées *fiduciae causa* [263]. Une femme pouvait accepter un paiement sans *tutoris auctoritas,* mais non par acceptilation, bien que celle-ci eût la valeur d'une *imaginaria solutio* [264].

Abordons maintenant les trois actes désignés ci-dessus. La *mancipatio,* la vente solennelle [265] d'une *res mancipi per aes et libram,* repose sur la représentation simultanée des deux éléments de la vente : prestation de la chose et paiement du prix d'achat, mais telle qu'elle est parvenue jusque nous, nous ne trouvons plus dans cette double représentation que de pures formalités. En effet, l'appareil extérieur du *paiement,* la balance et le *libripens* qui la tient en mains, rappelle le mode le plus ancien de payer : en pesant. Le rituel de la mancipation a substitué à cette pratique le fait de frapper la balance avec un morceau d'airain, ou avec une monnaie de cuivre [266], que l'on donnait ensuite à l'autre partie. Il était du reste sans influence aucune sur l'effet de la *mancipatio* qu'il y eût, en outre, soit avant, soit après, un paiement réellement effectué, ou qu'aucun paiement ne suivît, comme c'était le cas dans la donation ou la mancipation fiduciaire. Formalité encore que la *prestation* de la chose : la chose ne devait pas être réellement transférée, elle était seulement saisie *(manucapitur, mancipatur);* elle pouvait donc rester en possession de celui qui la donnait. Cela se pratiquait très-souvent dans la *fiducia.* La formule exigée de celui qui reçoit, doit mentionner ces deux éléments de l'acte, l'un

---

[262] Gaius, I, 140.

[263] Gaius, II, 59, 68.

[264] Gaius, III, 171.

[265] Gaius, I, 119, *imaginaria venditio.* Pline, *H. N.,* XXXIII, 13, *in his emtionibus quae mancipi sunt.*

[266] Gaius, *l. c.,* dit : *aes.* Festus, V° rodus, dit : *as* et *aes signatum.*

au moyen des mots : *hunc ego hominem (fundum,* etc.) *ex jure Quiritium meum esse aio,* l'autre au moyen des mots : *isque mihi emptus est* (267) *hoc aere aeneaque libra.*

Avant l'introduction de l'argent monnayé il fallait de toute nécessité peser le métal pour opérer un paiement. A cet effet, on recourait à un tiers impartial, le *libripens.* Celui-ci non-seulement tenait la balance, mais était surtout appelé afin d'obtenir un pesage exact et juste. On ne se bornait pas à peser le métal, on en vérifiait encore la pureté au moyen du son (268) *(aere percutere libram).* Tel était le sens de l'invitation que l'on adressait à celui qui payait : *raudusculo libram ferito* (269). Des contradictions se sont élevées au sujet de toutes

(267) Ce mot *est,* et non *esto,* nous est donné par trois autorités différentes : Gaius, I, 119; Boethius, ad Cic. Top. c. 5 (Orelli, 322) et Paul, dans les Vat. fragm., § 50.

(268) J. Christiansen a soutenu que le fait de frapper la balance au moyen d'un morceau d'airain n'était qu'un signe de la perfection de la convention. V. *Wissenschaft der röm. Rechtsgesch.,* T. I, p. 147. s. et *Institutionen,* p. 566 s. Pas n'était besoin d'une balance pour cela. Est-il donc besoin d'aller si loin chercher l'explication de ce fait, et ne pouvait-on la trouver même dans les pratiques de la vie moderne ? Tout le monde a vu vérifier la pureté d'une monnaie douteuse en lui faisant rendre un son.

(269) Festus, V° Rodus. *Rudusculum* (ou *raudusculum,* comme dit Varron de L. L. V, 163) voulait dire, ainsi que le remarque Festus, le métal brut. Cette expression fut conservée, conformément à l'habitude romaine, même lorsque l'on eut introduit l'usage plus commode de se servir d'un as. Le *libripens* avait une formule à prononcer; Ulpien, XX, 7, nous en donne la preuve, en parlant de la confection du testament : un muet ne pouvait remplir cette fonction. Il doit être à peu près certain que c'était lui qui adressait l'invitation ci-dessus. Or, si à l'époque ancienne, c'était la *libripens* qui pesait, on ne concevrait pas qu'il eût encore invité la partie à le faire; cette formule ne peut donc se rapporter au *pesage,* mais seulement à la constatation de la *pureté* du métal.

ces choses, peut-être bien est-ce à raison de leur grande simplicité.

Lorsque l'argent monnayé fut introduit, on aurait pu abandonner la balance et le pesage; il est certain même qu'il en fut bientôt ainsi pour les paiements ordinaires, par exemple, dans le prêt simple (opposé au *nexum)*, dans le paiement des impôts ([270]), etc. Dans la *mancipatio* et le *nexum* au contraire, la forme ancienne resta comme acte apparent résiduel.

La *mancipatio* apparaît sous la forme d'un contrat de vente réalisé de suite entre les deux parties : mais cette forme ne peut pas avoir été la forme originaire. Elle ne date que d'une époque où le métal était devenu un moyen général de paiement. Si haut que l'on puisse faire remonter cette époque dans l'antiquité romaine, la vente, à Rome aussi, doit avoir été précédée par l'échange ([271]), c'est-à-dire par un transfert de propriété sans *aes et libra.* Aucun fait, aucune preuve positive, il est vrai, n'autorisent à rattacher à ce transfert de propriété pour les *res mancipi* la même solennité qui accompagna plus tard la *mancipatio*, c'est-à-dire la présence des parties et de la chose, la coopération des témoins, la prononciation de la formule de propriété *(hanc rem meam esse aio)* et l'appréhension de la chose, mais pourquoi l'exempterait-on du formalisme qui domine le droit le plus ancien? Il serait périlleux de conjecturer quoi que ce soit quant à la question de savoir si dans cette forme antique de la *mancipatio* on échangeait toujours des choses contre des choses d'un seul coup, ou si l'on ne pouvait pas aussi donner une chose

([270]) La balance resta pendue, il est vrai, dans le temple de Saturne, après comme avant. VARRON de L. L. V, 183 : *Per trutinam solvi solitum vestigium etiam nunc manet in aede Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram habet trutinam positam.*

([271]) Point reconnu par les juristes romains : § 2 Inst. de emt. (3-23) *eamque speciem emtionis et venditionis vetustissimam esse.* L. 1, pr. de cont. emt. (18-1).

isolément pour elle seule : en tous cas, pour l'échange même, l'acte ne peut avoir consisté qu'en deux mancipations séparées c'est-à-dire que chaque partie devait saisir la chose et prononcer les mots : *rem meam esse aio.* Comment maintenant l'acte du paiement s'introduisit-il dans le rituel de la *mancipatio ?* Lorsque le métal devint de plus en plus un moyen général de paiement, et qu'à l'échange se substitua la vente, il s'introduisit naturellement une espèce de négociation, qui présente en matière d'échange les plus grandes singularités : prestation de la part de l'un sans contreprestation immédiate de la part de l'autre, c'est-à-dire vente à crédit pour le prix. La loi des XII tables prévoyait ce dernier cas ([272]). Ne s'en rapportant sans doute qu'au droit coutumier, elle portait que la propriété des choses achetées ne serait pas transférée avant que le prix ne fût payé. Cette disposition était importante pour la sécurité des relations. Celui qui avait acheté et payé réellement le prix, devait tout d'abord le prouver, lorsqu'un tiers revendiquant contestait le paiement. Et celui-là même qui avait acquis la chose par échange ou donation, devait être prêt à repousser l'objection qu'il avait acheté la chose mais sans la payer. Le moyen de parer à ce danger était tout simple ([273]) : il ne s'agissait que de remplir immédiatement dans la *mancipatio* la condition de paiement, de façon à couper court à toute contestation sur l'efficacité du *transport de propriété.* L'acheteur accomplissait le simulacre extérieur du paiement *per aes et libram,* et le constatait en disant : *isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra.* Si l'autre partie gardait le silence, reconnaissant ainsi le paiement comme valable, personne n'avait plus à le critiquer. L'exécution réelle et la sûreté du paiement étaient à débattre entre parties, mais la question perdait toute influence au point

([272]) § 41, Inst. de rer. div. (2-1).

([273]) D'après Exner, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition,* p. 346, Heineccius a déjà exprimé la même opinion.

de vue du transfert de la propriété. La forme de ce paiement apparent s'indiqua d'elle-même. On était à l'époque où les paiements effectifs se réalisaient non plus en pesant, mais en comptant; le pesage, l'*aes et libra*, n'était déjà plus alors que l'expression d'un paiement purement apparent.

Toute la cérémonie de la mancipation, me paraît venir à l'appui de l'hypothèse avancée plus haut. L'ordre que l'on y suit est vraiment singulier : avant de parler de la vente (274) et du paiement, c'est le transfert de la propriété que l'on constate tout d'abord. La logique sévère avec laquelle les anciennes formules sont conçues (§ 55) rend cette interversion très étrange. Elle se reproduit dans les actes qui correspondent aux formules échangées, l'appréhension de la chose par la main a lieu d'abord, la remise du prix ne s'effectue qu'ensuite. L'appréhension, et la partie de la formule qui y correspond, forment le premier acte de la *mancipatio;* là est sa source historique, son élément principal; le paiement et sa formule correspondante ne sont qu'une addition ultérieure, un simple accessoire et n'occupent par conséquent que le second plan.

L'on s'explique ainsi comment MANILIUS et GALLUS ÆLIUS ont pu comprendre la mancipation dans la définition du *nexum* (275). Il n'y aurait eu aucun motif pour confondre les deux institutions si l'une et l'autre s'étaient développées isolé-

---

(274) EMERE signifiait originairement autre chose qu'acheter (T. I, p. 111, note 14); on en a tiré argument pour contester à la *mancipatio* le caractère de vente apparente. Mais on peut très-bien admettre le premier point sans devoir acquiescer à la conclusion. Ce caractère de vente ne repose pas seulement sur le mot *emere,* mais sur les expressions : *emere* HOC AERE, c'est-à-dire acheter.

(275) VARRON de L. L. VII, 5, § 105 : *Nexum Mamilius* (*Manilius*) *scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia.* FESTUS V° Nexum. *Nexum est ut ait* GALLUS AELIUS *quodcunque per aes et libram geritur idque necti dicitur, quo in genere sunt* (c'est-à-dire en pratique, à son époque) *haec : testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.*

ment et d'une façon indépendante : mais l'idée de ces auteurs ne manque point d'une certaine apparence de vérité si l'on admet avec moi que le paiement apparent a été emprunté par la mancipation au *nexum*. Ils n'ont eu d'autre tort que d'étendre trop la signification du mot *nexum :* la mancipation avait bien emprunté la chose, mais non l'expression. A ce point de vue purement linguistique, un troisième juriste, Q. MUTIUS SCAEVOLA ([276]), a seul atteint la vérité lorsqu'il définit le *nexum* comme un acte *obligatoire per aes et libram*, excluant ainsi complètement l'applicabilité de l'expression *nexum* à la mancipation ([277]).

Nous sommes pour le moment forcés de négliger le deuxième élément de la mancipation, qui consiste dans l'appréhension de la chose. Elle se relie à d'autres considérations plus générales, et nous nous en occuperons à l'occasion de celles-ci ([278]).

Les cinq témoins, et le *libripens* dont il a déjà été question forment le troisième élément de l'acte que nous sommes occupés à analyser. Sans m'arrêter à des détails connus de tout le monde, je m'attacherai à quelques questions que je crois neuves.

([276]) VARRON, *l. c.* : MUTIUS : *quae per aes et libram fiant, ut obligentur* (HUSCHKE : *obligetur*), *praeter quam* (NIEBUHR : *quae*, HUSCHKE : *quum*), *mancipio detur* (NIEBUHR : *dentur*). *Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit, nam idem quod obligatur per libram neque suum fit* (ce qui doit non pas être gardé, mais restitué, c'est-à-dire ce qui est prêté) *inde nexum dictum.*

([277]) Cependant on rencontre fréquemment cette expression appliquée à la mancipation et à la propriété, dans les auteurs non juristes. V. par ex., CICERON, Top. 5 : *traditur alteri nexu* et BOETHIUS sur CIC. (ORELLI, p. 322), de harusp. c. 7 : *jure nexi*, de Republ. I, c. 7, etc. Aux yeux du peuple l'*aes* et la *libra* avaient acquis une plus grande importance que l'appréhension de la chose, laquelle sautait moins aux yeux : on caractérisait l'acte d'après l'un élément et non d'après l'autre. De là des expressions comme *mercari libra et aere* (HORACE), *emere per assem et libram*, (SUÉTONE), et autres semblables.

([278]) V. § 53 et T. V.

Et d'abord : fallait-il dans toute mancipation adresser une interpellation formelle aux témoins ? Cette interpellation ne nous est attestée que dans la confection du testament, et seulement dans le testament *per aes et libram*, le seul dont il puisse être question; elle ne venait que tout à la fin du testament ([279]). S'il était permis de conclure de la forme du testament par mancipation à celle de la mancipation ordinaire, la question serait également résolue pour cette dernière. Mais la forme de ces deux actes n'est pas absolument la même. Seule, la différence des formules le démontre; ajoutons-y que dans la mancipation par testament le mancipant doit prononcer une formule, tandis qu'il garde le silence dans la mancipation ordinaire. Il y a cependant des motifs généraux qui confirment d'une manière certaine que dans tout acte solennel les témoins devaient être appelés solennellement. L'exactitude avec laquelle la jurisprudence ancienne exprimait par des paroles tout ce qu se passait serait démentie, si elle n'avait pas constaté par une

([279]) La formule nous a été conservée par les juristes romains (Gaius, II, 104. Ulp., XX, 9) : *ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote*. Fallait-il en outre encore une *rogatio solennelle* des témoins au commencement de l'acte? Je laisserai cette question indécise, les mots : SUPREMA *contestatio* de la L. 20, § 8, qui testam. (28-1) ne le prouvent pas, non plus que les mots : *ante testimonium certiorentur* de la L. 21, § 2, ibid. Il va sans dire que l'on n'appelle pas des témoins à un acte juridique, sans les avertir d'abord de quoi il s'agit, il importe seulement de savoir, si cette *rogatio* devait se faire d'une manière solennelle, c'est-à-dire au moyen d'une formule déterminée. L'appel des témoins après l'acte conclu se rencontre encore, dans la *litis contestatio*. Ce n'est certes pas fortuitement que ces deux actes ont tiré leur nom *(testari, contestari)* de cet appel des témoins. Dans la *litis contestatio* les *deux* parties faisaient appel aux témoins; dans le testament, c'était le testateur seul, et non l'héritier ou le *familiae emtor* qui tenait sa place, bien qu'ils n'eussent pas moins d'intérêt au maintien du testament que le testateur. Cela s'explique peut-être par la forme la plus antique de la confection du testament dans les comices (T. I, p. 147 s.).

déclaration de la partie un fait aussi important que l'appel des témoins à un acte juridique. Mais dans la mancipation cet appel n'émanait pas, comme dans le testament, du mancipant; l'intérêt était exclusivement du côté de l'acceptant.

Les témoins de leur côté devaient-ils, ou l'un d'eux au nom de tous, répondre à cette interpellation au moyen de certains mots, et ce, conformément à l'esprit du droit ancien, au moyen de mots traditionnels, et déterminés? Ici encore des motifs généraux dicteraient déjà une réponse affirmative à cette question; mais on rencontre deux attestations positives qui décident en ce sens : l'une résulte de la disposition ([280]) en vertu de laquelle un muet ne pouvait être ni témoin ni *libripens* dans un testament, ce qui n'aurait eu aucune raison d'être, si tous deux n'avaient eu à parler; l'autre se déduit de la manière dont un juriste romain établit qu'un aveugle peut faire un testament ([281]). Dans cet ordre d'idées on peut avec plus de raison que ci-dessus conclure du testament à la mancipation ordinaire.

Quant aux effets de la mancipation, bien qu'une disposition de la loi des XII tables, *cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto,* eût en apparence reconnu liberté pleine et entière aux parties, la jurisprudence ne laissa pas que de limiter exactement cette liberté. Toutes clauses qui ne concordaient pas avec le but ou la marche de l'acte, étaient interdites dans le corps de l'acte (dans la *nuncupatio)* ([282]). Tel était le *pactum fiduciae* (p. 213), telle la disposition que la propriété ne serait transférée qu'à l'avènement d'une condition ou d'un certain terme : — l'acceptant

([280]) Ulp., XX, 7.

([281]) Paul., *S. R.,* III, 4a, § 4, *quia* TESTES *testimonium sibi perhibentes* AUDIRE *potest.*

([282]) De *nomine capere :* nommer par son nom, dire. Ciceron de off., III, 16, de orat., I, 57.

n'aurait pu dire : *rem meam* ESSE, le paiement immédiat n'aurait pu se faire. Il est probable que pour le même motif une disposition sur le paiement ultérieur du prix de vente n'aurait pu être accueillie dans la *nuncupatio*. Il y aurait eu *contradictio in adjecto* à désigner d'une part le prix comme étant *payé*, au moyen des mots, *est emtus hoc aere*, etc., — et à indiquer d'autre part, grâce à cette addition, que le paiement du prix était *suspendu*.

On devait au contraire, malgré les mots vagues *hoc aere* de la formule, faire mention dans la *nuncupatio* du prix réel ou d'un prix fictif. Peu important à première vue, ce point a cependant une valeur pratique remarquable. On sait que l'acheteur, avait en cas d'éviction l'*act. auctoritatis* contre le mancipant, en paiement du double du prix de vente ([283]), à titre de peine pour l'appropriation injuste d'un bien d'autrui, comme dans le *furtum nec manifestum*, et dans les *vindicia falsa* de la procédure en revendication ([284]). Cette conséquence était inséparable de la *mancipatio*; aucune convention ne pouvait en dispenser, ni l'étendre, ni la restreindre. Celui qui voulait

---

([283]) PAUL., *S. R.*, II, 17, § 3; remplacée par la *stipulatio dupli* en cas de *mancipatio* sans suite. V. en sens contraire ECK, *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums*, Halle, 1874, p. 2 s.; il fait dépendre le tout de la convention des parties et croit qu'elles pouvaient convenir de réduire l'obligation au simplum, et même de l'exclure entièrement (p. 9); la table de bronze découverte en Espagne ne donne aucun appui à cette opinion comme on va le voir.

([284]) L'objection de RUDORFF, *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, T. II, p. 88, que l'*act. auctoritatis* n'avait pas un effet infamant, peut être écartée par la remarque que le *dolus*, établi dans la forme de l'*act. doli*, était infamant, et non dans la forme d'une action contractuelle; il en était entièrement de même par rapport à l'*act. auctoritatis*. ECK, *l. c.*, p. 4, objecte que l'action ne suppose point un *dolus* de l'acheteur, mais je renvoie à l'*actio furti concepti* (GAIUS, III, 186) dans laquelle ce n'était pas non plus le cas. V. IHERING, *Schuldmoment*, p. 14 s.

échapper à cette responsabilité n'avait que deux partis à prendre: ou bien ne pas manciper du tout, ou bien laisser insérer dans la *nuncupatio* un prix si minime que l'éviction et la peine qu'elle devait entraîner n'offrissent plus aucun danger en fait; l'acheteur au contraire qui désirait s'assurer en cas d'éviction un montant plus élevé que le montant légal, pouvait l'obtenir en exigeant que la *nuncupatio* indiquât un prix de vente supérieur au prix convenu. Si cette dernière hypothèse devait rarement se réaliser, la première en revanche devait se présenter très fréquemment. Un cas entre autres devait la faire naître : c'était la vente de la part du créancier fiduciaire. La table fiduciaire récemment trouvée en Espagne, nous a donné de ce cas une explication très-précise. Le créancier hypothécaire s'était réservé dans le cas où il aurait procédé à la vente, un double droit : 1°) Celui de ne devoir vendre que contre paiement comptant *(pecunia praesenti venderet)* et 2°) de ne pas devoir mettre la mancipation plus haut qu'un sesterce *(mancipio pluris HS nummo uno invitus ne daret)*. C'étaient là, on le comprend, deux conditions de vente ([285]) qui devaient peser sur les offres des acheteurs et par suite tendre au désavantage du débiteur hypothécaire. La mancipation du débiteur hypothécaire au créancier hypothécaire a aussi lieu dans ce cas, *sestertio nummo uno*. Lorsque nous comparons avec ces deux nouveaux cas d'une mancipation pour un sesterce, celui que nous connaissons déjà, en matière de donation ([286]), nous obtenons le

---

([285]) Rudorff, *Zeitsch. fur R. G.*, T. II, p. 87, qui pour le reste est dans le vrai, s'est trompé d'une manière incompréhensible à leur sujet, lorsqu'il dit: qu'outre le sesterce il fallait encore un prix ! C'était juste le contraire. Le créancier hypothécaire ne devait pas porter le prix dans la mancipation à plus d'un sesterce, ce prix de mancipation fonctionnant comme régulateur de l'éviction n'avait rien de commun avec le prix réel. C'est ce que Degenkolb, T. IX, p. 149 s. a perdu de vue.

([286]) Bruns, Fontes juris Rom., p. 132-135.

résultat suivant : 1.) Pour toute mancipation on devait indiquer le prix dans la *nuncupatio;* les mots indéterminés *hoc aere* étaient insuffisants; 2.) le *duplum* de l'éviction se réglait d'après ce prix dans l'*actio auctoritatis;* 3.) les mots *hoc aere emtus est*, ou le paiement apparent, ont uniquement pour but de procurer l'efficacité réelle, immédiate, de l'acte de mancipation, c'est-à-dire, d'écarter toute objection quant à la réalité du payement (p. 224); 4.) dans toute vente suivait donc encore le paiement réel du prix. Il pouvait ainsi y avoir trois prix pour la même vente : le prix stipulé conformément au contrat et à payer effectivement, le prix de la nuncupation, se rapportant uniquement au cas d'éviction, et le prix payé en apparence. Il résulte de ce qui précède que le *sestertius nummus unus* n'a rien de commun avec l'*aes* donné au mancipant *quasi pretii loco*, ni avec le *rodus* ou *raudusculum;* le premier est seulement *nommé*, celui-ci est *donné;* celui-là se rapporte uniquement à l'obligation en cas d'éviction, celui-ci uniquement au transfert de la propriété.

La consécration donnée par les mots : *jus esto* de la loi, au *lingua nuncupare* des parties, donnait donc à celles-ci le pouvoir d'établir au moyen d'une simple déclaration le montant du prix et le fait du paiement effectué. Cette déclaration faite, tout était dit en ce qui concerne les effets de la mancipation, c'est-à-dire, quant à l'*actio auctoritatis* et quant au transfert de la propriété. Il ne s'agissait plus d'examiner le rapport réel existant entre les parties mais uniquement la *nuncupatio.* En effet ce qui était *jus*, ce n'était pas ce qui avait été fait ou ce qui avait été convenu en dehors et à côté de la *mancipatio*, mais uniquement ce qui était compris dans la *nuncupatio*, et encore seulement, *si mancipium* FACIET, c'est-à-dire dans la mancipation même.

On pouvait également au moyen de la *nuncupatio*, convenir de clauses accessoires quant à l'*objet :* on pouvait, par exemple, assurer certaines servitudes à un fonds, ou le reconnaître libre de toute servitude; on pouvait réserver des servitudes au profit

du mancipant *(deductio)* ([287]), indiquer dans la vente d'un esclave qu'il est *statu liber* et sous quelle condition, remettre en même temps son pécule ou le réserver, signaler dans la vente d'un animal son âge, ses défauts, ou l'absence de défauts, etc.

Quelles que fussent, du reste, les autres clauses possibles ou usitées, elles ne pouvaient engendrer une *obligation* que pour le mancipant, mais elles n'engageaient jamais celui qui acceptait la chose. L'opinion que la mancipation avait pour l'acheteur, quant au prix de vente dû, la force d'un *nexum*, n'est basée sur aucune preuve; en outre l'analogie du droit ancien la repousse absolument. Tous les actes formels du *jus civile* proprement dit sont rigoureusement unilatéraux (T. IV, § 63), il n'en existe pas un seul dans lequel les deux contractants fussent réciproquement obligés. Même la vente et le louage se scindaient à l'origine, en deux actes unilatéraux *(stipulationes emti, venditi, locati, conducti)* : *emtio* et *venditio*, *locatio* et *conductio* : nous l'établirons plus tard. Bref lè principe de l'unilatéralité est un des principes fondamentaux du droit ancien. A l'instar de ce qui se passe dans la stipulation, c'est à celle des parties dans l'intérêt de laquelle se fait la mancipation qu'il appartient de prendre l'initiative d'annoncer les conventions conclues *(lex contractus)* ([288]). En dehors de ce qui se passait dans le testament, il n'est dit nulle part que le mancipant dût, comme dans la stipulation, répondre aux paroles de l'autre partie : il nous serait difficile de l'admettre dans la mancipation ordinaire. Dans la stipulation, la nécessité de la réponse résultait de la

---

([287]) VAT. FRAGM., § 50.

([288]) L'opinion que le mancipant parlait ou pouvait parler contient une profonde erreur et n'est conforme ni à l'esprit de l'ancien droit, ni aux termes de la loi des XII tables (*nuncupassit* est au singulier). Cette loi n'accordait la parole qu'à une des parties, à celle qui : *mancipium faciet nexumve,* c'est-à-dire à celle qui entreprenait le *manucapere* ou le *nectere,* en d'autres termes à celle qui *acquérait,* là la propriété, ici le droit à une prestation.

question même; dans la mancipation au contraire la formule était une affirmation, de même que dans l'*in jure cessio,* et nous savons pertinemment que dans cette dernière il ne fallait aucune réponse (289). Dans le testament *per aes et libram* seul, par dérogation au cérémonial ordinaire de la mancipation, les deux parties parlent, d'abord le *familiae emtor* et ensuite le testateur. La formule à prononcer par ce dernier s'appelle seule *nuncupatio* (290). Cette dérogation se justifie d'elle-même, car qui parlerait dans un testament, sinon le testateur? Il est possible qu'elle s'appuie sur la disposition de la loi des XII tables : *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*, car *legare* ne pouvait se faire sans *parler*. Peut-être la *nuncupatio* n'était elle autre chose que l'interpellation au peuple puisée dans la forme antique de la confection du testament : *itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* (291).

Les applications de la *mancipatio* étaient nombreuses : elle trouvait emploi, 1. dans la *propriété*, 2. dans les *servitudes rustiques* (notamment dans les quatre espèces les plus anciennes *iter, via, actus, aquaeductus)*, 3. dans la *manus (coemtio),* 4. dans le *mancipium* et 5. dans le *droit héréditaire*. Tous ces cas ont leur caractère plus ou moins propre. Le 3e et le 4e ont une grande analogie avec le premier qui peut être considéré comme type : tous les deux, ils se rapportent sinon à une chose,

---

(289) GAIUS, II, 24, *quo negante aut* TACENTE. Cette différence dans la rédaction des formules, indépendamment de tout autre motif, aurait seule dû exclure l'idée que la stipulation est née de la *nuncupatio* de la mancipation.

(290) GAIUS, II, 104.

(291) C'est ce qu'indique également la manière dont s'exprime à cet égard ULPIEN, XX, 9 : *in testamento, quod per aes et libram fit,* DUAE RES *aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio tsstamenti.* V. aussi GAIUS, II, 116. D'après cela, la *nuncupatio* du testament est quelque chose de plus et d'autre que la *familiae mancipatio,* tandis que la *nuncupatio* forme une partie intégrante de la *mancipatio* ordinaire.

du moins à un objet visible et saisissable. Mais voici où cesse l'analogie : dans le 4ᵉ cas, le droit qui est accordé, abstraction faite de la *mancipatio fiduciae causa*, a régulièrement [292] une durée passagère, et ressemble en pratique plutôt au louage qu'à la vente. Dans le troisième cas au contraire, pour nous en tenir dans cette question excessivement controversée [293] à ce qui est certain, il y avait dans la formule une dérogation à la formule ordinaire de la mancipation, correspondant à la différence matérielle du rapport [294]. La mancipation, en se détachant, dans le 2ᵉ et le 5ᵉ cas, de la condition naturelle de l'existence d'un objet *saisissable*, y revêtait sa plus pure expression. Dans le dernier cas il y avait place encore pour d'autres dérogations, qui ont déjà fait l'objet de notre examen : leur importance est telle qu'elles dénaturent complètement, sinon la physionomie extérieure, du moins l'essence intime et le caractère juridique de la mancipation en cette matière [295].

La mancipation pouvait donc s'appliquer à toutes les matières du droit privé : au droit des patrimoines, à celui des familles, aux hérédités, sauf au droit des obligations. Et encore pouvait-elle embrasser ce dernier au moyen de ses effets indirects (*actio*

---

[292] GAIUS, I, 140. V. T. II, p. 179.

[293] ROSSBACH, *Untersuchungen über die röm. Ehe*, p. 67-81.

[294] GAIUS, I, 123... *cum a parentibus et coemptionatoribus iisdem verbis* MANCIPIO *accipiuntur, quibus servi, quod non similiter fit in coemptione.* Dans le sens de la vie ordinaire — car cette idée ne saurait guère être admise en droit — on pouvait même désigner la femme elle-même comme le sujet de la *coemptio : coemptionem facit,* par exemple, GAIUS, I, 115, et autres textes.

[295] Les juristes romains avaient le sentiment exact de cette idée lorsqu'ils ont exclu l'*hérédité* des *res mancipi,* tandis qu'ils y comprennent les servitudes rustiques, bien que celles-ci soient également des *res incorporales.* GAIUS, II, 17. ULPIEN, XIX, 1. Que les personnes libres mancipées ne soient pas nommées parmi les *res mancipi,* cela n'a pas besoin de justification.

auctoritatis, legs *per damnationem*). Mais la mancipation comme telle ne pouvait jamais être considérée comme un acte créant une obligation, pas plus que l'adition d'hérédité, qui cependant pouvait donner lieu à des rapports d'obligation. La mancipation n'engendrait *a priori* aucune obligation.

L'examen de l'*in jure cessio* ou cession en justice offre beaucoup moins de difficultés que celui de la mancipation. L'*in jure cessio* est le pendant de la *sponsio praejudicialis* : dans celle-ci la convention vient en aide à la procédure, dans celle-là la procédure met la convention sous la garantie des autorités, la juridiction contentieuse vient concourir au but de la juridiction volontaire. Ce fait n'est pas unique dans l'histoire du droit ([296]). L'*in jure cessio* ne s'appliquait qu'aux droits qui pouvaient être l'objet d'une revendication. Sa forme, en effet, était celle d'une revendication apparente: l'acquéreur se présentait comme revendiquant, le cédant s'abstenait de toute *contravindicatio* et le Préteur adjugeait au premier la chose ou le droit réclamés. Loin de pouvoir servir à créer des rapports obligatoires, elle ne comportait même pas, grâce au caractère de l'acte dont elle revêtait les formes, l'établissement accessoire de ces rapports ([297]). Remontant très-probablement à une antiquité bien moins haute que la mancipation ([298]), l'*in jure cessio* était d'une application

([296]) V. par exemple dans le droit germanique ancien la procédure symbolique de la juridiction des rois francs (Bethmann Hollweg, *Der Civil process des gemeinen Rechts*, IV, p. 493. — Brunner, *Festgaben für Heffter*, p. 158 s.). V. aussi la procédure du droit allemand au moyen-âge (Laband, *Die Vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters*, p. 235 s.

([297]) Nous avons dit plus haut (p. 211) tout ce qu'il y a à dire de la *fiducia*.

([298]) Elle se trouve mentionnée pour la première fois au sujet d'une application à la manumission, dans la première année de la république

plus générale que cette dernière. C'est ce que démontre le tableau ci-dessous qui établit la comparaison à ce dernier point de vue.

CHAMP D'APPLICATION		
de la *mancipatio* exclusivement.	commun.	de l'*in jure cessio* exclusivement.
	Tranfert de la propriété des *res mancipi*.	Id. *des res nec mancipi*.
	Constitution de servitudes rustiques.	Servitudes urbaines et personnelles.
Mancipium.		Manumission (*vindicta*).
Manus.		Émancipation.
Testament.		Adoption.
		Transfert de la *tutela legitima mulierum* et de l'*hereditas legitima*.

Nous pouvons, sans nous tromper, rechercher l'origine de l'*in jure cessio* dans les cas où elle était seule applicable. Son emploi dans les actes de la 2e colonne découlait naturellement de sa forme. Elle n'y était nullement nécessaire : la mancipation y

(Tite-Live, II, 5) ; et même la *manumissio per vindictam* se comportait vis-à-vis de la *manumissio censu*, usitée jusqu'alors, de la même manière que la *testamentum per aes et libram* vis-à-vis de celui *in calatis comitiis*, c'est-à-dire toutes deux établissaient une forme applicable en tout temps, donc plus commode que la forme antérieure attachée à des temps déterminés. D'après Paul, Vat. fr. § 50, la loi des XII tables aurait reconnu l'*in jure cessio*; mais est-ce *propalam* ou *per consequentiam* (Ulp. IX, 3), c'est-à-dire par cela seul qu'elle a mentionné la revendication ? c'est ce qu'on peut se demander. Le *confirmat* de Paul peut avoir le même sens que le *jubet* d'Ulpien, X, 1.

remplissait parfaitement son but, et même y avait presque seule un rôle actif ([299]). Mais sur le terrain qui lui était exclusivement affecté, l'utilité pratique qui lui était propre réalisait des buts impossibles à atteindre sans elle, ou du moins qui n'auraient pu être atteints que fort imparfaitement; la manumission, par exemple. Ceux qui sont au courant de la marche du développement historique en droit romain n'auront pas de peine à croire que ce n'est que lentement, peu à peu, et non pas brusquement, qu'elle est parvenue à s'implanter dans un domaine aussi vaste. Sans avoir des données certaines, quant à l'ancienneté relative des divers cas auxquels elle s'est appliquée, nous pouvons cependant, au moyen d'inductions, combler jusqu'à un certain point cette lacune. La *manumissio vindicta* doit être un des cas les plus anciens; c'est le seul dont une date déterminée fixe la naissance (note 298). L'émancipation et l'adoption en général, ou tout au moins dans la forme qui nous est connue, ne peuvent s'être formées qu'après la loi des XII tables, car elles contiennent une allusion à une disposition de cette loi (T. II, p. 181 et T. III, p. 145). Les servitudes urbaines sont d'après tous les indices, bien plus récentes encore (T. II, p. 226), quant aux autres cas tout point d'appui nous fait défaut quant à l'époque de leur apparition.

Dans tous ces cas, l'objet de la cession judiciaire, pour conserver l'expression romaine, était une *res incorporalis;* ainsi nous est indiquée immédiatement la différence qui existait entre cet acte et la mancipation, quant au principe. L'objet pratique de l'une, sa base historique, est une *res corporalis :* l'autre à son origine première frappait sur une *res incorporalis.*

([299]) Gaius, II, 25 : *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud Praetorem aut apud Praesidem provinciae quaerere.* On peut admettre le même rapport entre elle et la tradition de la *res nec mancipi.*

La *stipulation* (p. 171), qu'il nous reste encore à analyser, est la convention, exprimée sous forme de question et de réponse verbale, qui tend à l'établissement d'une *obligation*. Quatre conditions la régissent :

1° La *présence* des parties.

2° La *question* préalable du créancier. Une interversion dans l'ordre, une promesse préalable d'un côté, suivie d'une acceptation de l'autre côté, enlevait à la convention son caractère de stipulation (quant au motif v. § 67). Le droit romain connait *deux* formes de stipulation : l'une plus rigoureuse, plus étroite, l'autre plus libre, plus abstraite. La première était la *sponsio* du *jus civile*, liée aux mots sacramentels : *spondes? spondeo,* et restreinte aux seuls Romains ; — la seconde était la *stipulatio* proprement dite, appartenant au *jus gentium,* soumise uniquement à la condition abstraite de la forme orale d'une demande et d'une réponse. Elle pouvait, par conséquent, se conclure avec les mots (par exemple *dabis, facies, promittis?*) et dans la langue que l'on préférait ([300]). Des raisons sérieuses puisées dans la nature même des choses (§ 53), indiquent que cette dernière, au moins dans son application aux Romains entre eux, est d'une origine plus récente.

3° La réponse *immédiate.* Un intervalle rompt la liaison entre la demande et la réponse ; l'une et l'autre doivent former un seul tout; l'acte doit être un (*unitas actus*) ([301]).

4° La réponse *concordante.* La réponse doit être adéquate à la demande, puisque les deux doivent former un tout. Si la réponse est d'une teneur autre que la demande, soit en plus soit en moins, si dans la *sponsio,* elle ne consiste pas dans le mot *spondeo,* il n'y a pas de stipulation ([302]). On se relâcha plus tard

---

([300]) Gaius, III, 92, 93. L. 1, § 6 de V. obl. (**45-1**).

([301]) L. I, § 1 de verb. obl. (**45-1**). Sur la généralité de cette condition d'unité des actes dans le droit ancien. V. T. IV, § 63.

([302]) Gaius, III, 102. La L. 1, § 2-5 de Verb. obl. (**45-1**), montre le

de cette rigueur : mais à l'époque ancienne elle était sévèrement observée. Cette rigueur, à tout prendre, était un gage de sûreté. Car où se fût-on arrêté, si on eût commencé à s'en départir? Elle était, au surplus, très-rationnelle. Ce que dit GELLIUS (XVI, 2) du principe analogue de la dialectique s'applique mot pour mot à la stipulation : « C'est une loi de cet art, remarque-» t-il, lorsqu'on discute sur un thème quelconque, de ne répon-» dre qu'à ce qui est demandé, par oui ou par non, ni plus, ni » moins; il est absurde de répondre plus ou autre chose. L'on » doit s'en tenir là, car il n'y a plus de fin à la discussion » lorsqu'on ne fixe pas les divers points de la dispute et qu'on » ne les résoud pas simplement par demandes et réponses. » Les juristes romains estimaient au même titre que, dans les débats de nature juridique, il n'y avait d'autre moyen de constater d'une manière certaine l'accord des parties, qu'à la condition que le débiteur s'attachât rigoureusement à la demande; s'il ne le faisait point, c'était pour eux un signe que les parties n'étaient pas encore d'accord. On peut admettre, conformément à l'esprit du droit ancien (§ 55), qu'à l'origine le débiteur devait répéter tout le contenu de la stipulation, et qu'il ne pouvait se contenter, comme plus tard, de prononcer un simple oui, ou de répondre le seul mot *spondeo, dabo*, etc. CHRISTIANSEN [303] a admirablement développé le vrai caractère de l'idée de la stipulation, tant au point de vue psychologique qu'au point de vue pratique : je ne saurais mieux faire que de reproduire littéralement ses termes.

---

relachement qui s'est opéré dans la rigueur de ces conditions pendant la période relativement courte depuis GAIUS jusqu'à ULPIEN; mais ce que GAIUS enseigne serait-ce bien encore tout l'état originaire? L'état ancien de la chose se reflète encore sous les tempéraments de l'époque nouvelle.

[303] J. CHRISTIANSEN (senior), *Institutionen des römischen Rechts*, p. 308-310. Cet ouvrage est peu répandu, et c'est là ce qui m'a déterminé à transcrire ici tout ce passage, sauf quelques longueurs inutiles.

« Une simple abstraction dans les langues perfectionnées, » et chez ceux qui les parlent bien, exprime l'affirmation ou » la négation absolue de la question : elle n'est rien autre » chose, absolument, que l'affirmation ou la négation sans » plus. Si courte si étendue que soit la question, quel qu'en » soit le contenu, l'affirmation sera uniformément exprimée » par *oui*, de la manière la plus brève et la plus concluante. » Les anciennes langues plus concrètes, de même que les » individus peu au courant d'une langue perfectionnée, ne » s'expriment qu'au moyen d'une affirmation concrète. Tel était » le cas pour la langue romaine. Elle ne connait aucune affir- » mation abstraite. Impuissante à fournir une réponse pure » elle ne sait que donner réponse à telle ou telle demande » déterminée. Dans la réponse se reproduit plus ou moins tout » ce qui est demandé. Ce phénomène peut se vérifier dans tous » les commencements, partout où domine encore la réalité » concrète et sensible. L'homme qui répond ne sait pas encore » conformer ses paroles à la volonté d'un autre, sans répéter » textuellement ce qu'il a dit, et il a la prudence instinctive » de s'en tenir à cette manière de faire qui lui est plus utile » et plus sûre. Ce n'est en effet que lorsque ce qui est demandé » a été répété, que les deux parties sont certaines que c'est » la même chose qui a été voulue. »

« Vienne le progrès des idées, et à cette question : voulez-vous » me donner . . . pour 2000 fr. ? on répond par un simple oui. » L'unité, l'accord paraissent complets, mais il peut y avoir la » plus grande divergence sur les détails, et dès lors, au fond, » il n'y a plus d'accord du tout. Le vendeur peut avoir compris » *trois* au lieu de *deux*, etc. La répétition *littérale* eût fait » éclater le dissentiment. Chez les anciens, lorsque le créancier » demandait : *spondesne Stichum hominem . . . dare*, le débi- » teur ne se bornait pas à répondre : *spondeo*, il répétait la » phrase entière. Ce langage circonstancié et détaillé, d'un » usage général à l'origine, ne se retrouve plus aujourd'hui » que dans la formule solennelle du serment. On l'exige égale-

» ment dans l'enseignement élémentaire, toutes les fois qu'on
» s'adresse à des enfants ou à des ignorants. »

» L'affirmation concrète offre évidemment une plus grande
» garantie d'accord, paraît bien plus sérieuse qu'une simple
» affirmation abstraite. Il y a entre elles, quant à la foi due,
» la même différence qu'il y a entre l'évaluation d'un fardeau
» faite par une simple inspection des yeux et celle qui serait
» exprimée après avoir supporté la charge sur les épaules. »

Ainsi s'exprime CHRISTIANSEN. Nullement restreinte à la stipulation dans la vie juridique à Rome, la forme interrogative se reproduisait, à l'époque ancienne, dans d'autres cas encore, où il s'agissait de créer une obligation. C'est ainsi que les *praedes* s'obligent par demande et par réponse ([304]), c'est ainsi que d'après PLAUTE, se concluent les contrats de vente ([305]).

Quant à l'étendue de son application, la stipulation peut avantageusement être comparée avec les deux formes traitées jusqu'ici; ce qu'étaient celles-ci pour les droits absolus, elle l'était pour le droit relatif ou l'obligation, c'est-à-dire, une forme au moyen de laquelle la chose était *fixée* : le nom même l'indique ([306]).

Toutes les conventions, pourvu qu'elles ne continssent rien d'illicite, et qu'on pût exiger la prestation qui en formait l'objet, qu'elles fussent on non garanties par une action, pouvaient être revêtues de cette forme. Elle était d'autant plus importante dans le droit ancien que le nombre des formes d'obligation exis-

([304]) FESTUS V° Praes : *praes... interrogatus a magistratu, si praes sit, respondet : praes.*

([305]) *Est ne emptus? est emptus.*

([306]) *Stipulatio* vient de *stips,* ce dernier vient de la racine sanscrite *sthâ.* En latin *stip, stipit, stirp* avait le sens de tige, qui a été conservé dans *opstipescere* (devenu raide comme une tige). V. POTT, Etymol. Forsch. T. 1, p. 198. Les institutes pr. de verb. obl. (3-16), sont dans le vrai, en donnant l'étymologie suivante : *quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.*

tantes était restreint : ce point fera l'objet d'un examen ultérieur. Son utilité ne se bornait pas au *jus civile,* elle s'étendait aussi à la *procédure*, car dans toute contestation judiciaire les parties concluaient certaines stipulations. Elle servait même de base à toute la procédure dans la *reivindicatio* PER SPONSIONEM. La stipulation jouait aussi son rôle dans les relations du droit public international : les Romains se plaisaient à ramener à la forme d'une *sponsio* même les traités publics, en tant qu'ils n'étaient pas de nature constitutive, mais de nature promissoire ([307]). Elle s'étendait enfin aux relations privées internationales, elle était la forme abstraite du *jus gentium* dont il vient d'être question.

L'utilité de la stipulation correspondait à l'étendue de son application. Exclue dans les deux autres actes, l'addition d'un *dies* et d'une *conditio* était parfaitement permise dans la stipulation : ainsi le veut du reste la nature d'une convention promissoire, c'est-à-dire visant l'avenir (§ 63). Ce fut précisément, parce qu'elle admettait la condition, que la stipulation acquit sa grande utilité. Grâce à la condition, l'obligation put frapper sur tous les objets, sur toutes les prestations imaginables, il fut permis d'étendre indéfiniment la stipulation. Promettez-vous de me donner telle ou telle somme si vous avez ou n'avez pas fait ceci ou cela ? Telle était la formule dans sa simplicité. L'objet même de l'obligation n'était point l'action ou l'omission que l'on avait en vue; celles-ci n'en étaient que la condition *(in conditione positum)*. Mais la peine (peine conventionnelle) promise pour le cas du non-accomplissement de la condition donnait, pourvu que le montant de la peine fut pris à un taux assez élevé, une protection indirecte tout aussi efficace, et même régulièrement beaucoup plus efficace que ne l'aurait été une protection directe. Toutes actions et

([307]) GAIUS, III, 94. Le *foedus* était de nature constitutive. Nous en reparlerons plus loin.

omissions quelconques, faisant ou non l'objet d'une action, présentant un intérêt ou n'en présentant pas, trouvaient place dans cette catégorie de l'*in conditione positum.* Il n'y avait de limite que pour la *conditio turpis;* les conventions immorales ou contraires à la loi étaient nulles. Dans notre droit actuel où toutes les conventions licites sont pourvues d'actions, cette contrainte indirecte a perdu son importance ; mais dans le droit romain ancien, où entre les conventions revêtues d'actions et les conventions illicites se plaçait la grande foule des conventions licites dont l'exécution ne pouvait être directement poursuivie, où, comme il sera démontré ailleurs, des obligations tendant à un simple faire, comme tel (c'est-à-dire en tant qu'il n'avait pas pour objet une *res,* ou un *dare),* n'avaient pas encore été reconnues, ce moyen avait une importance capitale. (§ 66, n°s 8, 9, 11).

III. *Analyse du formalisme romain.*

Signes, actes, mots. — Revue des signes et actes symboliques de la vie juridique à Rome. — La main.

53. Nous voici maintenant sur un terrain à peine exploré; notre tâche n'en sera que plus facile, en un certain sens, mais nous nous heurterons aussi à bien des difficultés.

Sur ce terrain la méthode de l'histoire du droit a été jusqu'ici purement *descriptive.* Elle s'est bornée à colliger, à énumérer, à décrire des particularités. La matière, cependant, est éminemment favorable pour l'abstraction, et l'analyse doit également nous y conduire à des résultats généraux. Les explications qui vont suivre ne laisseront aucun doute à cet égard.

La théorie actuelle ne nous offre, somme toute, que les renseignement fournis déjà par CICERON et GAIUS ; elle ne va pas au delà. C'est un jugement d'ensemble (note 141) établi sur la

rigueur pénible avec laquelle la jurisprudence ancienne observait les formules et appuyé par les exemples connus rapportés par Gaius. Le formalisme de l'ancien droit est un fait indiscutable, mais il faut l'étudier sous son vrai jour, sans cela il reste une véritable énigme.

Pour établir dès à présent le point dans lequel il faut, à mon avis, chercher l'intelligence de tout le système formaliste, je dirai que c'est l'élément *morphologique* qui est la clef de ce système, mais il ne faut pas se contenter de son expression extérieure, il faut pénétrer dans ses causes. Le formalisme n'est pas un de ces faits accomplis qu'il faut accepter comme tels et dont l'explication n'offre, du reste, aucun intérêt. Il est au contraire une création juridique consciente et calculée, une langue de signes profondément méditée, en un mot un produit artistique de l'esprit juridique. C'est ce que nous allons essayer de démontrer. Nous avons peine, aujourd'hui, à nous rendre compte de la sagacité, du génie même que les juristes anciens ont su déployer en une matière aussi aride, aussi ingrate en apparence. Notre science et notre droit nous refusent toute occasion d'un travail pareil, ils nous interdisent par cela même tout parallèle. Tout autres sont aujourd'hui la mission et la méthode de notre science moderne : avec la chose, s'est évanoui aussi le sens et l'intelligence de cette branche morte de l'art juridique. Cette évolution, cette mort complète d'un art qui fut autrefois si florissant et si estimé, qui mettait en mouvement toute la pénétration des juristes, fait songer à maints phénomènes de la vie civilisée moderne. Une fugue bien agencée, un poème écrit selon les règles des maîtres chanteurs rapportaient au compositeur et au maître chanteur de l'Allemagne du moyen âge autant d'honneur et de reconnaissance, qu'une formule finement imaginée en rapportait à un juriste ancien de Rome. On n'y verrait plus guères, aujourd'hui, qu'un vain jeu d'esprit. Mais ne jugeons point les époques antérieures d'après nos idées modernes, gardons-nous de croire que ce que nous méprisons aujourd'hui n'ait pas eu sa raison d'être autrefois. Notre droit a

passé dans une phase plus avancée et notre science peut négliger des mots et des formules. La phase que traversait le droit ancien traçait à la jurisprudence romaine la marche et la direction de son activité. C'est la nécessité historique, ce n'est pas son libre choix qui a voué toute sa sagacité et toutes ses forces à un objet aussi secondaire en apparence que le système des formules.

Actions, signes et mots, tels sont les matériaux au moyen desquels le droit ancien a édifié les actes formels. Les plus importants parmi ces matériaux sont les mots. Leur emploi, d'abord, a été poussé jusqu'à une grande perfection. Mais ensuite et surtout ils sont, et ils sont seuls, l'élément absolument indispensable de tout acte juridique. Il y avait des actes, par exemple, la stipulation, que l'on pouvait conclure au moyen d'un simple mot, il n'y en avait aucun dans lequel il suffisait d'une simple action. Il semblerait qu'il faille se représenter le rapport entre le mot, la formule d'un côté, et le signe, l'action de l'autre, comme si le poids réel de l'acte reposait partout sur le premier élément, dont le dernier ne serait qu'un complément décoratif assez peu essentiel, un simple accompagnement. C'est ainsi que dans la vie ordinaire la main est le complément, l'accompagnement de la parole : — lorsque l'homme *parle*, il appuie ses paroles par une pantomime de la main. Sans contester la justesse de cette appréciation pour la plupart des actes juridiques, elle ne saurait cependant prétendre à une exactitude absolue. Si la main vient au secours de la parole, celle-ci à son tour seconde la main ; le poids peut aussi bien reposer sur l'action, et les paroles n'avoir d'autre but que d'expliquer celle-ci ou de la constater (308). C'est une particularité remarquable du droit ancien, et notamment de la procédure, que l'on y exprime par des mots tous

(308) Je citerai comme exemple la concession des *vindiciae*.

les faits relevants qui doivent être constatés. Il ne suffit pas, par exemple, au commencement des débats, que les parties soient présentes, il faut en outre qu'elles soient appelées, citées, et que leur réponse constate leur présence. Il en est de même pour les juges dans la procédure des *quaestiones perpetuae.* Lorsque les parties ont parlé, leur réponse est oralement constatée par le mot du licteur : *dixerunt* ([309]). Le commencement et la fin de l'audience sont également annoncés par un cri du licteur, de même que dans la tenue des auspices le *silentium* est annoncé par l'avis qu'en donne l'augure au magistrat ([310]).

Pour la facilité de mon travail je ne traiterai l'élément le plus important qu'en second lieu, et je commencerai par les *signes et les actions.*

J'en ai distingué trois espèces au § 50, les signes et actions symboliques, représentatifs et résiduels. J'ai cité pour les deux derniers la plupart des exemples que nous offre le droit ancien; il nous reste à voir ici la première classe : le droit et la vie ancienne sont riches sous ce rapport ([311]).

Les *fasces* avec la *hâche* entre les mains des licteurs rappellent au peuple le droit de vie et de mort qui appartient aux consuls; le *glaive* entre les mains du *Judex quaestionis*, de l'époque postérieure, avertit l'accusé que le glaive est suspendu sur sa tête; lorsque la peine de mort doit être exécutée, le magistrat qui donne l'ordre de l'exécution, retourne son vêtement ([312]). La

---

([309]) Quintilien, I, 5, § 43, « *dixere. . . praeco pronuntiet.* » On pourrait peut-être citer aussi Tite-Live, III, 44 : *lictor decresse ait.*

([310]) V. les preuves dans Pseudo Ascon. in Verrem I, § 55. (Orelli, II, 152.) II, § 1. (Orelli, II, 156.) Ciceron, de divin. II, 34. Servius, ad Virg. I, 656. Pline, *H. N.*, VII, 60. Brisson, de voc. ac form. I, c. 219. V, 213.

([311]) Le savant et profond ouvrage d'Ever. Otto, *de Jurisprudentia symbolica exercitationum trias.* Traj. ad Rhen. 1730, ne s'occupe que d'un côté de la question et ne l'a même pas épuisé. Je me suis dispensé dans la suite de citer les preuves en renvoyant à cet ouvrage.

([312]) Seneca de ira, I, 16 : *perversa magistratui induenda vestis.*

lance est le symbole du combat; jetée par dessus la frontière ennemie, elle est une déclaration de guerre; à Rome même, elle est le signe de la propriété, car, dans la symbolique la plus antique ce n'est pas le travail, mais le butin fait sur l'ennemi qui est regardé comme l'origine vraie de la propriété (T. I, p. 111). *L'anneau à cacheter* est le moyen d'attestation; il est le signe de la véracité et le privilége de l'homme libre; de là l'usage de le donner en gage *(arrha)*, par exemple, dans la vente, dans les fiançailles, et de le remettre à ceux que l'on veut investir de toute sa confiance, par exemple, à l'héritier que l'on a choisi ([313]).

Les *anneaux d'or* comme symbole de chevalerie, le cas échéant d'une *naissance libre,* ne datent que de l'époque postérieure; l'époque ancienne ne connaissait que des anneaux de fer ([314]). Le *chapeau (pileus)* est le signe de la liberté obtenue ou récupérée. Pourquoi? on a fait un rapprochement avec l'usage de couper les cheveux à cette occasion, le chapeau devant servir à recouvrir la tête dénudée ([315]). L'usage de couper les cheveux est

([313]) F. HOFMANN, *über den Verlobungs — und den Trauring.* Wien, 1870, p. 22, 24.

([314]) MACROBE, Sat. VII, 13 : *Veteres non ornatus, sed signandi causa annulum secum circumferebant, unde nec plus habere quam unum licebat nec cuique nisi libero, quos solos fides deceret.* PLINE, *H. N.*, XXXIII, c. 6. OTTO, p. 204.

([315]) OTTO, p. 172. Sur le cas de liberté recouvrée ou du retour du Romain de la captivité ennemie, dont OTTO ne fait pas mention, V. TITE-LIVE, XXX, 45. XXXIV, 52. VAL. MAX., V, 2, § 5, 6, etc. Le chapeau recouvrant la tête de l'esclave exposé en vente, indiquait que le vendeur n'entendait donner aucune garantie *(servi pileati).* GELL., VII, 4; signifiait-il peut-être que l'esclave a besoin d'être couvert, parce qu'on ne peut pas le regarder à la tête? Beaucoup de signes accompagnent en général la vente des esclaves, ainsi, par exemple, la couronne sur la tête des prisonniers de guerre *(sub corona venire).* Pourquoi une couronne? V. l'explication de GELLIUS, VII, 4. V. aussi SCHWEGLER, *Röm. Geschichte,* T. I, p. 70. Les esclaves amenés à Rome des pays d'outre-mer étaient, lors de

plutôt basé sur l'idée que l'homme devenu libre se dépouille de toute trace qui rappelle sa captivité et acquiert un *caput liberum.* Les *rubans* expriment les dispositions pacifiques — portés en public ils sont les signes de la parure de fête ([316]) — l'*herbe* sacrée *(sagmina)* entre les mains des ambassadeurs symbolise leur inviolabilité. Le bris de la *tessera hospitalis* annonce l'hospitalité ([317]). Le *feu* et l'*eau* sont les symboles de la communion religieuse (T. I, p. 289); le *pain* est celui de la communauté domestique; de là son emploi dans la célébration du mariage par *confarreatio.* La *maison* du mari est la résidence naturelle de la femme; c'est en suite de cette idée que dans la célébration du mariage la nouvelle épouse était solennellement introduite dans la maison du mari *(deductio in domum)*; par une *absence* de la maison pendant trois nuits, la femme interrompt la prescription de la *manus.* La remise des *clefs* à la femme signifie la concession du gouvernement domestique, la réclamation de ces clefs l'enlèvement de ce gouvernement, c'est-à-dire, la dissolution du mariage. Porter une *écuelle* vide *(lanx)* dans les visites domiciliaires aux fins de découvrir des objets volés, devait exprimer le fait de chercher ([318]); pour empêcher l'investigateur

---

leur exposition en vente, marqués aux pieds avec du gypse. Brisson, VI, c. 10.

([316]) Rossbach, *l. c.*, p. 288 : Les Pontifes, les frères ambarvales, les flamines s'en ornent; on en pend à la tête des animaux destinés aux sacrifices; ceux qui cherchent protection en portent sur la tête et à leurs bâtons; il en pend aux autels et aux portes des temples; les portes des maisons particulières elles-mêmes en sont ornées dans les circonstances solennelles.

([317]) Th. Mommsen, *Röm. Forschungen,* I, p. 343.

([318]) Les explications de cette écuelle chez les anciens sont étranges. V. Gaius, III, 193 : *ideo, ut manibus occupantis nihil objiciatur, sive ideo, ut quod invenerit, ibi imponat;* Festus, V° *lance.* (Muller, p. 117) *lancem ante oculos tenebat propter matrum familias aut virginum praesentiam.* Puchta, Inst. § 273, donne comme la plus vraisemblable l'explication sui-

d'emporter secrètement la chose avec lui, il ne pouvait être habillé que d'un tablier de peau *(linteum)*. La *chaise* et le *banc* indiquent le rang relatif entre personnes siégeant comme patriciens. Le magistrat qui préside a le privilége de la *chaise*, les tribuns et les édiles plébéiens, les jurés et les sénateurs doivent se contenter de *bancs* ([319]). Le bris d'un *rameau* vaut comme trouble possessoire dans le but d'interrompre l'usucapion ([320]), le jet d'une pierre comme signe d'opposition contre une bâtisse nouvelle. Les prisonniers de guerre passent sous un *joug* en signe de servitude ([321]). La *charrue* est le symbole naturel de la vie à poste fixe : c'est pour cette raison qu'on trace au moyen d'une charrue les limites d'une ville nouvellement fondée ; à l'endroit où seront les portes, on lève la charrue pour indiquer que là la sortie est libre. Si le domaine de l'État

---

vante : l'écuelle était tenue par dessus la tête, afin que les mains ne fussent pas libres ; comme si l'on pouvait chercher quelque chose avec succès, sans rien déplacer de la main ! D'autres, (par exemple, Böcking, *Römisches Privatrecht,* 1862, p. 150, note 15. Kuntze, *Excurse über röm. R.,* p. 502), ont trouvé là une forme rituelle rappelant le bandeau du prêtre et le vase du sacrifice, comme s'il s'agissait là d'une action du prêtre et d'un sacrifice. Le serment à prêter d'après le droit grec (Keller, *Institutionen,* p. 140.) qui a fait arriver à cette singulière idée, n'était rien d'autre qu'un *juramentum calumniae,* semblable à celui qui devait être prêté dans l'*act. ad exhibendum.* (L. 6, § 2 de edendo. 2, 13.) — Je ne sais comment on pourrait mieux exprimer symboliquement l'intention de chercher quelque chose qu'en mettant entre les mains de quelqu'un une écuelle vide : que l'on voie seulement nos servantes qui quittent la maison avec une écuelle ou une corbeille vide, et que l'on se demande ce qu'elles veulent ?

([319]) Mommsen, *Röm. Staatsrecht,* I, p. 322, 323 ; V. notamment p. 318 et s. des détails plus circonstanciés sur le droit des siéges.

([320]) Ciceron de orat. III, 28 : *ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videatur.*

([321]) *Missio sub jugum.* De même le *sororium tigillum* sous lequel dut passer Horace. Tite-Live, I, 26.

s'agrandit dans des proportions notables, une extension du *pomoerium*, de l'espace de terrain libre autour des murs de la ville, en avertit ([322]). L'auteur d'un homicide involontaire, offre en expiation à sa propre place, pour échapper à la vengeance, un *bouc émissaire* (T. I, p. 189). Des *têtes de pavots* et des *gousses d'ail* représentent les sacrifices humains originaires; les *mannequins d'osier* que l'on jetait tous les ans dans le Tibre, remplacent, pour le dieu du fleuve, les corps humains qu'il réclame comme tribut ([323]). Un masque *(persona)* annonce que l'héritier représente la personne du de cujus ([324]), car le masque est l'image de la personne.

Les diverses parties du corps ont dû, cela se comprend aisément, prêter à bien des symboles ([325]). La *tête* est considérée comme le siége de la capacité et de la personnalité juridiques; elle leur a donné son nom *(caput, capitis diminutio)*. En touchant la tête on symbolise donc ce qui frappe la personnalité toute entière de l'individu, par exemple, dans la cérémonie de l'inauguration du roi, dans l'affranchissement ([326]); celui qui marche au supplice porte la tête inclinée en arrière ([327]): l'enchère dans les ventes publiques s'annonce par un signe de tête ([328]). Le front est le siége de la pudeur; un voile couvre le front de la fiancée; un fer rouge marque celui du calomnia-

([322]) Cela n'était cependant applicable qu'à l'extension de l'empire sur le sol italien. SENECA de brevitate vitae, c. 14.

([323]) MACROBE, Sat. I, 11 in fine, donne une autre explication.

([324]) MACROBE ibid. II, 7 : *heredis fletus sub persona risus est.*

([325]) La symbolique du corps humain forme l'objet principal de l'ouvrage d'OTTO; mais il y a beaucoup de choses problématiques en cette matière.

([326]) TITE-LIVE, I, 18... *si est fas hunc Numam Pompilium,* CUJUS EGO CAPUT TENEO, *regem Romae esse.* Cela fait songer à l'onction des Rois dans l'ancien testament. Quant au *pater patratus,* V. TITE-LIVE, I, 24.

([327]) SUÉTONE, Vitell. 17, *reducto coma capite, ceu noxii solent.*

([328]) SUÉTONE, Calig.... *capitis motu nutantem.*

teur ([329]). Plier le genou est le signe de la soumission. Celui qui se trouvait décrété d'accusation s'abstenait de se couper les cheveux. L'oreille est le siége de la mémoire : on tire l'oreille du témoin pour exciter son souvenir ([330]).

La main est la plus importante des parties du corps : elle occupe la première place après l'organe qui doit agir dans tout acte juridique, la *langue*, et ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, elle se trouve avec lui dans la plus étroite relation. Si la langue annonce la résolution, la main l'exécute; elle est bien véritablement l'organe de la volonté, et, au point de vue de la conception naturelle sensible, *agir* et remuer la main sont une seule et même chose. Notre cadre ne comporte pas une explication plus approfondie de cette langue des signes de la main, langue si riche et si universellement répandue. Disons encore cependant qu'il n'y a guères de mouvement de l'âme que la main ne puisse accompagner d'une manière expressive, qu'il n'y a guères d'acte solennel de la période d'enfance des peuples, dans lequel elle ne joue un rôle. Celui qui tend la main à l'ennemi lui pardonne; on se frappe dans la main en gage de fidélité dans les promesses ([331]); on implore la soumission et l'apaisement en joignant les deux mains; les mains des deux époux sont unies dans les noces ([332]); on implore les dieux en tendant les mains vers le ciel ([333]); on les presse

([329]) OTTO, p. 132 s.

([330]) OTTO, p. 141, 142.

([331]) A Rome aussi, V. DANZ, *der Sacrale Schutz*, p. 140. De là *fidem* et *dextram dare* équivalents. SENECA de benef., III, 15, *ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit.* Le rapprochement fait entre le mandat et cet usage, par ISIDORE, Orig. V, 24, 20 *(mandare)* est un de ces nombreux contes étymologiques dont ce chapitre d'Isidore est si prodigue.

([332]) ROSSBACH, *l. c.*, p. 308. De même en concluant la paix.

([333]) BRISSON de voc. ac form. I, c. 62. Dans le *votum* I, c. 179. Dans le sacrifice ablution préalable des mains en signe de pureté. I, c. 5.

contre la poitrine ou le menton ([334]) dans la *devotio;* lorsqu'une interpellation est adressée à la foule, le consentement s'exprime en levant la main ou le doigt ([335]).

Saisir, et *appréhender,* sont, en droit privé, la fonction la plus importante de la main : sous ce rapport le côté symbolique et le côté pratique se confondent presque entièrement. L'appréhension de la chose dans la mancipation, ou du débiteur dans l'exécution personnelle, comporte aussi bien la signification d'un acte sérieusement voulu dans le but de s'emparer physiquement de la personne ou de la chose, que celle d'un acte symbolique ayant en vue d'annoncer la puissance juridique à laquelle l'on prétend. Cette appréhension peut même n'avoir qu'une signification purement démonstrative : l'objet est appréhendé pour bien marquer que c'est celui-là qu'on a eu en vue, il est des cas où cela ne saurait souffrir aucun doute, par exemple, pour la confection du testament, lorsque le testateur prononce les mots : *haec uti in* HIS *tabulis cerisve scripta sunt,* etc., en tenant le testament entre ses mains ([336]).

L'appréhension se rencontre comme acte solennel dans certains actes religieux qui n'ont rien de commun avec le droit. Dans la bénédiction du temple, le magistrat ou le *pontifex maximus* ([337]), qui accomplit la cérémonie, doit saisir les jambages

([334]) Selon les circonstances. Comp. TITE-LIVE, VIII, 9, avec MACROBE, Sat. III, 9.

([335]) Notamment, à Rome, dans les licitations publiques de la part de l'enchérisseur, qui s'appelait pour cela *manceps.* BRISSON de Voc. ac form. IV, c. 85. Mais aussi dans d'autres occasions V. par exemple, TITE-LIVE, III, 46... *quum instaret... ut sponsores daret... manus tollere undique multitudo et se quisque paratum ad spondendum ostendere.*

([336]) GAIUS, II, 104.

([337]) MARQUARDT dans BECKER, *Handb. der röm. Alterth.,* IV, p. 226, admet qu'ils tenaient tous deux les jambages de la porte, mais cela repose sur un malentendu, car tous deux auraient dû en même temps faire la dédicace, ce qui n'est pas possible. Le Pontife, là où il ne faisait pas lui-

de la porte du temple ([338]), en prononçant les mots solennels de le dédicace. Dans la formule du vœu, lorsque l'on invoque la terre, on saisit la terre ([339]); on embrasse l'autel dans le serment et dans la prière qui accompagne le sacrifice ([340]). Pourquoi? L'autel n'est pas l'objet que concerne le serment ou le vœu; l'appréhension n'a donc point, dans ces cas, une signification démonstrative. L'idée qui y domine doit être la même que celle qui préside à l'imposition des mains dans la bénédiction. Dans ce dernier acte, la main ne fait en quelque sorte que conduire la bénédiction sur la tête de celui qui la reçoit, l'attouchement physique symbolise le rapport spirituel, l'effet idéal de la bénédiction, et la rend sensible. Tel le fluide électrique qui pour se propager exige également un attouchement ([341]).

Or, si dans ce cas, comme dans bien d'autres, se constate une tendance à donner aux actions et aux relations spirituelles une expression substantielle, nous pouvons sans crainte d'erreur en

---

même la dédicace, ne devenait pas acteur par cela seul qu'il *dictait* la formule au magistrat qui faisait la dédicace.

([338]) Tite-Live, II, 8. Ciceron pro domo 46, 47. Val. Max., V, 10, § 1. Serv., ad Georg. III, 16. De là l'expression *dedicare, consecrare* MANU Ciceron de leg. II, 2, pro domo 40, etc.

([339]) V. Macrobe, Sat. III, 9. De même dans le *votum* à la déesse Ops. I, 10 et dans les jeux religieux. Ciceron de harusp. resp. 11 : *si puer ille patrimus et matrimus terram non tenuit* Arnob. Adv. gent. IV, 31.

([340]) Sur le serment V. Brisson, *l. c.*, VIII, c. 10 et Danz, *der Sacrale Schutz*, p. 45, 113 ; sur le sacrifice V. Brisson, I, c. 63 et Macrobe, Saturn. III, 2.... *quod litare* SOLA NON POSSIT ORATIO, *nisi is qui deos precatur etiam aram manibus apprehendat.* Celui qui jurait par Jupiter, maître du tonnerre, portait en main, pour l'indiquer, un silex : Festus : *Lapidem silicem tenebant juratori per Jovem.*

([341]) Les mots soulignés de Macrobe, dans la note précédente, semblent faire allusion à cette idée que le simple mot n'est pas assez substantiel pour suffire. — C'est peut-être sur cette idée que repose l'usage de pendre aux jambages des portes du temple les présents apportés aux dieux (v. Brisson, I, c. 49).

tenir compte dans le droit. La conception abstraite de la volonté comme puissance purement spirituelle, c'est-à-dire ne manifestant sa force juridique que dans l'expression abstraite d'une résolution prise, est trop élevée pour la période sensible (§ 48), la tendance matérialiste qui caractérise toutes ses idées et toutes ses vues ne se dément point lorsqu'il s'agit de la notion de la volonté. Voilà pourquoi le rapport *interne* que la volonté établit à l'égard d'un objet doit se manifester à *l'extérieur:* l'appréhension *physique* doit rendre visible l'appréhension *juridique.* La volonté doit, pour ainsi dire, descendre substantiellement sur la chose pour l'embrasser de sa force et de sa puissance. La main est l'organe dans lequel cette force et cette puissance sont prêtes à se manifester à l'extérieur. En effet la main est le siége véritable de la force physique active. Elle devient ainsi l'*instrument*, le *symbole*, et l'*expression technique (manus)* pour la puissance *juridique* ([342]).

La main devient l'*instrument,* disons-nous. Il faut que la main saisisse l'objet sur lequel s'exerce la puissance juridique. Il en était ainsi, d'abord dans la mancipation des choses mobilières ([343]). Cette règle s'appliquait-elle aussi, même à l'époque

([342]) Le langage exprime la nature relativement inférieure du pouvoir de fait de la possession, vis-à-vis du pouvoir juridique de la propriété, en concevant le rapport de possession comme simple état sur et dans la chose (*sedere, possidere*), et la propriété comme rapport de puissance (*manus, mancipium, mancipare*). La tension moindre de la force et du vouloir se trouve ainsi nettement exprimée.

([343]) GAIUS, II, 119, 121. Dans le premier passage, le manuscrit porte : *rem tenens*. BÖCKING et HUSCHKE se fondant sur l'autorité de BOETHIUS ad Top., c. 5 (ORELLI, p. 322) et de VARRON de L. L. IX, § 183, (passage qui peut aussi être rapporté au *nexum*) veulent changer le mot du manuscrit *rem* en *aes*, ou le rapporter à *mancipio accipiebat*, et intercaler *aes*. Je doute de l'exactitude de cette version. Celui qui reçoit doit appréhender la chose, GAIUS le dit expressément dans le second passage ; de quelle main alors saisissait-il l'*aes*, de la même main ou de l'autre ? Pourquoi du reste

ancienne, aux choses immobilières? Fallait-il, par exemple, comme dans la revendication qu'une motte de terre les représentât ([344])? C'est ce que nous ignorons complètement, et aucune donnée ne nous est fournie à ce sujet ([345]). Du temps de GAIUS, la présence de ces choses n'était plus exigée : la manière dont il s'exprime sur ce point ([346]), témoigne clairement qu'il voit en cela une déviation de l'essence originaire de la mancipation, déviation dont l'unique motif était que telle avait été la coutume (SOLENT *mancipari*). Dans l'*in jure cessio* l'appréhension de la chose était également nécessaire; cela résulte non-seulement de ce qu'elle l'était dans la revendication, dont la cession judiciaire n'était qu'une imitation, mais la chose est encore expressément dite par GAIUS (II, 24... *rem tenens*). Il fallait encore l'appréhension de la part du *Pontifex Maximus*, dans le *capere* de la jeune fille destinée au service de Vesta (T. I, p. 114); de même dans les noces il y avait appréhension de la fiancée de la part du fiancé ([347]). Le *peuple*, au contraire, est affranchi

---

prendre l'*aes*, avant qu'il ne fût donné ? L'appréhension de la chose était nécessaire en même temps que l'on disait : HUNC *hominem meum esse aio;* il en était ainsi dans la revendication, et d'après la loi de la correspondance de la forme entre l'établissement et l'exercice en justice d'un droit (§ 55), nous devons admettre que les mêmes formalités devaient se reproduire dans la mancipation.

([344]) V. BYNKERSHOECK, Opusc. de reb. manc., c. 10 et VON ASSEN, Annot. ad Inst. Gaii, I, 121. — Je fais ces deux citations sur l'autorité de DIRKSENS. V. SELL., *Jahrbücher,* II, p. 72.

([345]) Les analogies ne manquent pas, dans le droit allemand ancien. Pour le droit anglais v. GUNDERMANN, *Engl. Privatrecht,* I, p. 205.

([346]) GAIUS, I, 121... *item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt, adeo quidem ut eum qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit,* UNDE ETIAM MANCIPATIO DICITUR, *qui manu res capitur, praedia vero absentia* SOLENT *mancipari.*

([347]) ROSSBACH, *l. c.*, p. 328.

de cette condition (T. V) lorsqu'il acquiert ou garantit la propriété; car, même sans qu'elle s'exerce réellement, la volonté du peuple est souveraine pour créer le rapport auquel elle veut donner la vie. Ainsi l'addiction, l'assignation, et même le testament (hérédité, legs), puisqu'il se basait à l'origine sur une *lex* du peuple, transféraient la propriété sans qu'il fût besoin d'aucune saisie extérieure de la chose. La main n'intervenait pas dans les obligations : il ne s'y agit point de puissance ni sur une personne, ni sur une chose; l'élément substantiel de la volonté est autre part. (T. V.) Si cependant il y a lieu de recourir à l'exécution personnelle et de transformer ainsi en un droit *dans* la personne ce qui n'était qu'un droit contre la personne, l'action de la main redevient logiquement nécessaire *(manus in jectio)*; de son côté, le débiteur résiste en repoussant la main *(manum depellere)* ([348]). La main fait de nouveau son apparition dans la *manuum consertio* de la procédure revendicatoire : revendiquant et contre-revendiquant saisissent tour à tour d'une main la chose, de l'autre la *vindicta* au moyen de laquelle ils touchent la chose en prononçant les termes solennels ([349]). Pour les choses mobilières cela se pratiquait au local des audiences. Quand il s'agissait d'immeubles, les parties, dans les premiers temps, se réunissaient avec le personnel judiciaire (Préteur et licteurs) et les témoins *(superstites)* sur les lieux mêmes en contestation : l'acte se passait ainsi *en présence* de la justice (*in jure* dans le sens de la loi des XII tables) ([350]). Plus tard les parties se rendaient sur les lieux non accompagnées du Préteur, et comme l'annonce la formule d'interpellation, *ex jure* (en dehors de la justice) *manum consertum vocare* ([351]), l'acte en question devint

([348]) Gaius, IV, 21.

([349]) Gaius, IV, 16.

([350]) C'est ainsi du moins que Gellius, XX, 10, expose la chose.

([351]) Ciceron pro Murena, c. 12. Je reviendrai plus loin sur cette formule.

un acte extrajudiciaire. Plus tard encore elles s'abstinrent même de se transporter ainsi sur les lieux; ce voyage ne faisait qu'interrompre la procédure; elles se bornaient à apporter avec elles une motte de terre représentant le fonds (p. 197), et faisaient deux pas pour s'y rencontrer comme sur le fonds même. L'acte resta juridiquement extrajudiciaire ([352]). Renoncer à la présence effective des choses immobilières dans la revendication, c'était nécessairement aussi y renoncer pour le transfert de la propriété sur ces choses. En effet ce qui était permis pour la revendication l'était par cela même aussi pour la cession en justice. Dans les deux cas, le fait d'aller chercher une motte de terre ne pouvait présenter aucune difficulté. Qui aurait eu intérêt ou qui aurait eu le droit d'interdire aux parties d'aller prendre cette motte au premier endroit venu, plutôt que sur le fonds litigieux, peut-être éloigné de plusieurs journées de voyage, si les parties elles-mêmes étaient d'accord sur ce point? Le Préteur allait-il exiger

([352]) KELLER, *Der röm. Civil process*, § 14, s'écarte légèrement de cette marche, il combine le renseignement de CICERON et celui de GAIUS d'une manière qui ne lui parait pas, à lui-même, à l'abri de toute critique. EX JURE *vocare* ne peut avoir d'autre sens que d'inviter à un acte qui ne doit pas être fait *in jure*; or, cet acte ne consiste pas à aller chercher la motte de terre, — celle-ci doit être déjà là, — mais à *manum conserere*. L'acte se passe donc *extra jus*, qu'il se fasse sur le fonds même ou sur la motte de terre qui le représente. C'est précisément cette déviation de l'IN JURE *manum conserere* de la loi des XII tables (GELL. : *contra* XII tabulas) qui est solennellement annoncée par les mots *ex jure... vocare*. Selon KELLER les parties faisaient la *manuum consertio in jure*, contrairement à la formule, et (au moyen de la motte de terre) apportaient un *fonds* devant la justice; *extra jus* au contraire, elles ne faisaient pas ce à quoi elles s'invitaient par la formule ci-dessus, et enfin elles ne s'invitaient pas à ce qu'elles faisaient : à chercher une motte de terre. A mon avis, la *manuum consertio* est terminée avec le retour devant la justice : d'après KELLER (et PUCHTA, Inst. II, § 162, note o dans le texte) elle ne fait alors que commencer. V. sur ce point KARLOWA, *Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprocess...* Bonn, 1865, p. 2.

la preuve que cette motte provenait en réalité du fonds même? On avait donc, en fait, aussi bien pour la revendication que pour la cession en justice, renoncé à la nécessité de se rendre sur le fonds. La cession en justice trouvait dans cette facilité un avantage qui était refusé à la mancipation, et qu'on dut finir par reconnaître également à cette dernière pour qu'elle ne disparût pas de la pratique quand il s'agissait de choses immobilières. La transition s'opéra probablement dans la mancipation de la même manière que dans la revendication : représentation du fonds litigieux, d'abord, et finalement abandon complet de cette représentation même.

On peut envisager la *manuum consertio* de la revendication sous deux aspects différents. D'abord, la main qui crée le droit, doit aussi servir au détenteur du droit à se faire rendre justice. C'est ce que nous indiquent d'une part le nom même de l'acte (*vindicatio,* de *vim dicere* T. I, p. 165) et d'autre part, la *manus injectio* de l'exécution personnelle. Mais dans cette application la main peut encore être la représentation purement symbolique du droit prétendu, annonçant qu'il s'agit d'une chose qui est dans le pouvoir *(manus)* de la partie. *Manum conserere* ainsi entendu, ne serait autre chose que *manum (dominium, potestatem sibi) asscrere;* ce serait l'affirmation plastique du droit de propriété. Ainsi conçu, cet acte n'est que l'application d'une loi que nous expliquerons plus loin (§ 55), celle de la correspondance des formes en matière d'établissement et d'exercice des droits.

On remarquera peut-être que nous passons sous silence un autre emploi de la main, et l'on nous demandera si celui qui transférait ou abandonnait la propriété ne devait pas également le marquer symboliquement en lâchant la chose de la main? Mais rappelons-nous ici le caractère que le droit ancien attachait au transfert de la propriété. Nous avons déjà expliqué ce point. (T. I, p. 111). Ce transfert reposait entièrement sur l'appréhension de l'acquéreur, et nullement sur la dation du cédant. L'acquéreur seul devait agir. Quant à celui qui donnait, il gar-

dait une attitude passive: il souffrait qu'on prît. Dans un seul cas un signe de l'abandon du droit est nécessaire, la main doit lâcher *(e manu mittere)*: c'est dans le cas de *manumissio*, et il en est ainsi précisément parce que, dans ce cas, il n'y a pas de preneur de l'autre côté; le maître de l'esclave, en prononçant la formule solennelle, tenait la main sur lui en signe qu'il lui appartenait encore, puis, la formule prononcée, il levait la main, attestant ainsi qu'il venait d'abandonner sa puissance (353).

Ce dernier exemple confirme encore ce que nous disions plus haut, à savoir : que la main n'était pas seulement un *moyen* servant à fonder la puissance juridique, mais qu'elle symbolisait en même temps cette puissance. Nous avons déjà rencontré ce point. (T. II, p. 157, s.).

Le mot. — La formule et le formulaire. — Expressions et formules solennelles. — Leur invariabilité. — Nécessité de les réciter.

54. Le *mot*, deuxième élément de l'acte formel, présente un intérêt bien plus élevé que le premier élément, dont nous venons de nous occuper. Le rapport historique de ces deux éléments

(353) Festus : Manumitti... *caput aut aliud membrum tenens dicebat... et emittebat.* Comme dans la revendication (et à l'origine, assurément aussi dans la cession judiciaire), nous retrouvons ici de nouveau l'imposition de la *vindicta*. Sur la signification symbolique du coup que reçoit l'esclave (Unterholzner, *Zeitsch. fur gesch. Rechtsw.*, T. 2, V, note 20, 25, 29) on peut différer d'avis. J'ai déjà cherché à expliquer plus haut (p. 190) le changement de position de l'esclave à affranchir — le même acte se rencontrait aussi dans l'émancipation, v. par exemple, L. 6, Cod. de emanc. lib. (8-49) : *circumductiones*. Au surplus le même acte se reproduisait encore dans une application pour laquelle une autre explication devient nécessaire, c'est dans l'invocation des dieux; v. le passage de Brisson I, c. 58.

peut s'exprimer d'une manière générale en disant que les actions et les signes doivent leur origine et leur formation plutôt à la vie et à l'usage, tandis que c'est la jurisprudence qui a perfectionné le mot. De là une double différence entre eux. Ils diffèrent d'abord par leur configuration et leur perfection scientifiques : le système des formules est le point culminant de l'art juridique, chaque mot trahit la main du juriste. La seconde différence consiste dans leur valeur juridique. Parmi les actes et les coutumes que nous avons rapportés plus haut, un grand nombre étaient complètement inutiles au point de vue du droit, ils formaient plutôt des hors-d'œuvre, des décors pour ainsi dire dont le commerce juridique entourait spontanément ses actes. Les mots, au contraire, et les formules que nous allons apprendre à connaître, étaient absolument obligatoires, leur omission frappait les actes de nullité.

Telle est aussi la différence qui existe entre la *formule* et le *formulaire*. L'usage de la première reposait sur une *nécessité* juridique, le second était abandonné au *libre choix* des parties ; celle là était la forme exclusive dans laquelle un acte déterminé *devait* être conclu, sous peine de nullité, celui-ci contenait une simple indication pour le conclure adroitement et prudemment ; c'était un projet dont la valeur dépendait d'une part de l'observation exacte de tous les points et circonstances *matériels* à observer, d'autre part de leur rédaction conforme à toutes les formes exigées, en même temps que de la prudence et de la précision de cette rédaction. Le formulaire nous donne donc une image fidèle de l'acte même dans toute son étendue et dans tout son contenu, tandis que la formule n'était souvent qu'un modèle abstrait de volonté dont les parties remplissaient le contenu concret.

Des raisons puissantes de commodité et d'opportunité, imposent l'usage des formulaires : aussi les retrouvons-nous, plus ou moins parfaits, à toutes les époques, et dans toutes les législations. Dispensant les contractants de confectionner eux-mêmes leurs contrats, le formulaire leur offre une rédaction

toute faite d'avance, établie, en règle générale, par des mains expertes, et qui a fait ses preuves dans la vie : il leur assure de plus cet autre avantage d'attirer leur attention sur les points qu'il importe d'observer. En fait, il joue ce rôle de « conseil prudent et fidèle, » auquel plusieurs de ces collections ont emprunté leur nom.

Ce sont là des considérations qui s'appliquent à toutes les époques. Mais il est d'autres raisons encore qui, à certaines phases de la civilisation des peuples et des droits, donnent à l'organisation des formulaires une utilité et une valeur inestimables. A une époque où l'art d'écrire et la connaissance du langage ne sont pas encore généralement répandus, quiconque pèche sous ce rapport sera presque contraint de recourir à un formulaire pour tous les actes de quelque importance ou qui présentent quelque complication. Remarquons en outre que ces mêmes phases du développement du droit auxquelles nous faisons allusion, sont aussi celles durant lesquelles le droit, et notamment le droit dit dispositif (ou pour nous exprimer plus exactement, supplétoire et subsidiaire), est encore dans son état le plus primitif. Le droit actuel complète de mille manières la volonté exprimée par les parties, surtout dans les conventions. La loi supplée, comme volonté présumée des parties, bien des points qui n'ont pas besoin d'être expressément énoncés *(naturalia negotii);* dans la vente, par exemple, le droit du vendeur aux intérêts du prix lorsqu'il a de son côté livré la chose; dans le *pignus* du droit romain nouveau, le droit de vendre le gage, qui antérieurement aurait dû avoir été reconnu expressément par un *pactum de vendendo;* dans quelques autres cas, le droit de gage lui-même *(pignus tacitum).* Dans un pareil état du droit, les parties peuvent, sans courir des dangers particuliers, se borner le plus souvent aux points capitaux de l'acte; la loi, la jurisprudence font le reste. Mais il n'en est plus de même dans la phase de développement du droit que nous venons de supposer. Alors encore ce complément de la volonté fait défaut; les parties doivent elle-mêmes expri-

mer ce qui doit valoir; la *lex contractus* doit être d'autant plus complète que la *lex publica* est plus laconique, et qu'elle contient plus de lacunes (T. II, p. 293, s.). Bien des dispositions qui plus tard sont devenues de droit, devaient antérieurement être expressément établies par les parties ([354]).

La rigueur formaliste du droit et de la procédure ancienne ajoutait encore, du temps de Rome ancienne, à l'utilité des formulaires. Il importait peu qu'au fond un contrat ou un testament fussent complets, s'il s'y glissait une expression qui répugnait à la stricte interprétation littérale de l'époque ancienne. La volonté réelle avait beau être exprimée d'une manière évidente et qui ne donnait prise à aucun doute, rien n'effaçait une méprise dans les mots. Il s'agissait donc avant tout d'employer le terme exact. Or, quel meilleur moyen de se sauvegarder sous ce rapport, que de recourir à une forme qui avait déjà été appliquée avec succès dans d'autres cas, qui avait avec bonheur franchi la passe dangereuse de la procédure ancienne et résisté à l'épreuve exégétique que lui faisait subir la subtilité des juristes.

Il n'y a plus à s'étonner dès lors que cette organisation des formulaires se soit développée à Rome et y ait été l'objet d'une application dont rien dans le présent ne peut donner une idée. La haute estime dont jouirent les auteurs et les collectionneurs de formulaires et bien plus encore la célébrité littéraire à laquelle ils atteignirent dans l'histoire, l'attestent largement ([355]).

([354]) Dans le troisième système j'expliquerai, par plusieurs exemples, cette transformation de dispositions conventionnelles en dispositions légales; c'est un des phénomènes les plus remarquables dans l'histoire de la formation du droit nouveau — mainte règle du droit ne peut être comprise réellement que lorsqu'on la connait dans sa forme pré-légale, c'est-à-dire purement conventionnelle.

([355]) Il en est de même en Angleterre. Gundermann, *l. c.*, p. 211 : La confection et l'explication des documents scellés ou formels, qu'il faut

Un nouveau formulaire bien rédigé rapportait à son auteur plus d'honneur, de reconnaissance, de réputation chez le peuple, que ne pourrait jamais en espérer aujourd'hui le meilleur travail juridique; dans le nom du formulaire, la postérité reconnaissante honorait longtemps encore la mémoire de son créateur (356). Des simples compilateurs mêmes de formulaires usuels parvenaient ainsi à se faire un nom, témoin MAMILIUS qui compila le formulaire de ce nom (357). En ces temps là assurément pareille collection de recettes juridiques devait compléter le bagage de tout vrai et bon père de famille romain. Les écrivains qui traitaient des choses de la vie pratique, de l'agriculture, par exemple, ne négligeaient pas de mettre dans leurs ouvrages les recettes juridiques qui s'y rapportaient. Dans les écrits de CATON et de VARRON qui sont parvenus jusqu'à nous, à côté des indications pour préparer le fumier et le vin, pour guérir les maladies des bestiaux, et de la description des sortilèges contre la goutte, nous voyons figurer des instructions sérieuses et détaillées, des formulaires complets servant de guides pour acheter du bétail, pour traiter à forfait de travaux agricoles, pour vendre les fruits, et pour une foule d'autres actes (358).

Nous ne sommes que trop enclins à déprécier la valeur, le

---

bien distinguer des simples manuscrits, forme déjà de bonne heure une science particulière ayant sa littérature propre. »

(356) Quel juriste ne connait la *stipulatio aquiliana* d'AQUILIUS GALLUS (à l'époque de Ciceron)? Rien ne nous est parvenu de ses écrits, mais cette *stipulatio,* ainsi que les *postumi aquiliani* et les *formulae doli mali* ont transmis son nom à la postérité. Un autre exemple nous est donné par la *cautio muciana* de son professeur Q. MUCIUS SCAEVOLA.

(357) VARRON de re rust. II, 5, 7.

(358) V. par exemple, CATON de re rustica 144 : *oleam legendam hoc modo locare oportes,* 145... *faciendam hac lege,* et les chapitres suivants. VARRON de re rustica, II, 2 : *emtor stipulatur* PRISCA *formula sic;* c. 3, 4, 5 : *eos cum emimus domitos, stipulamur sic... cum indomitos, sic.*

mérite et même les difficultés de confection de pareils formulaires. Un formulaire nouveau ouvrait au commerce juridique une voie nouvelle qu'il avait peut-être jusque là vainement cherchée; il rendait, sous le rapport pratique, un service beaucoup plus important que nous ne pouvons nous le figurer aujourd'hui. Les difficultés que rencontrait la confection d'un bon formulaire n'étaient pas celles que nous rencontrerions aujourd'hui : l'observation de tous les points intéressants, la prévision et l'examen de toutes les éventualités possibles, le choix soucieux des expressions; il en était encore deux autres, résultant du caractère propre du droit ancien. D'abord la nécessité d'une *rédaction correcte* dans le sens de la jurisprudence ancienne (V. plus loin), puis une autre difficulté que je ne puis ici qu'indiquer, sauf à y revenir plus tard. (T. IV, § 66 et 68). Il importait souvent, au moyen d'une manipulation adroite, au moyen de certains détours, etc., de préparer la possibilité juridique de l'acte, de trouver le point de vue qui lui donnait libre accès dans le droit. Il y avait, en un mot, un art de la *construction juridique*, qui demandait non seulement la connaissance complète du droit, mais encore une grande adresse et une haute dose d'esprit inventif.

Une double imperfection pèse sur les matériaux qui nous ont été transmis et qui doivent nous servir à l'étude du système formaliste. Tout d'abord les formulaires, pour une foule d'actes, nous font complètement défaut, ou ne nous sont parvenus qu'avec bien des lacunes ([359]); nous ne possédons que quelques

([359]) Ainsi nous ne possédons absolument rien des formules de la *confarreatio, diffareatio, coemptio*, du *nexum;* dans les formules rapportées par GAIUS III, 174 et II, 104 de la *nexi solutio* et de la *familiae mancipatio*, les mots décisifs sont précisément ceux qui manquent. Nous verrons plus loin ce que valent les tentatives qui ont été faites de nos jours pour en reconstituer le texte.

unes des nombreuses formules de la procédure des actions de loi. (V. plus loin). Ensuite, les rapports des juristes classiques du droit nouveau sont les seules bases sur lesquelles reposent les données que nous possédons, du moins les formules et les renseignements concernant le droit privé; or, ces juristes ne nous ont généralement transmis que ce qui était en vigueur de leur temps. Il serait dangereux d'admettre, les rigueurs du formalisme s'étant déjà beaucoup relachées à leur époque, la preuve peut en être fournie, que les choses fussent à l'origine telles qu'ils nous les rapportent. L'esprit de la jurisprudence ancienne se perdait, la rigueur dans les mots fléchissait, et déjà disparaissaient le sens et l'intelligence du système formaliste. Un juriste ancien eût reculé devant la déviation la plus légère en rapportant une formule ; ces scrupules finirent par s'évanouir (360). A côté de la formule antique, des formules nouvelles s'introduisent : autre déchéance de l'esprit de l'époque ancienne qui ne tolérait pour chaque acte qu'une seule et unique formule. Dans certains cas, grâces aux sources, on peut encore constater aujourd'hui combien l'ère nouvelle s'écartait de l'époque ancienne, et même combien différaient les temps de GAIUS et ceux d'ULPIEN qu'un demi siècle seulement séparait. Le premier, par exemple, déclare préjudiciable, dans la rédaction de la stipulation, une inexactitude à laquelle le second n'attribue aucune influence (361). ULPIEN encore, connait trois formules d'institution d'héritier; la formule antique : *heres esto*, et deux autres dont GAIUS n'admet qu'une seule et cela dans des termes qui annoncent clairement que l'accord sur ce

(360) Comp., par exemple, la formule de mancipation dans GAIUS, I, 169, *isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra* avec celle de PAUL, *Vat. fr.*, § 50, *emtus mihi est pretio*, et l'échange des conjonctions *cum* et *quod* dans ULPIEN, XXII, 28 et GAIUS, II, 166.

(361) Comp. GAIUS, III, 102, avec L. 1, § 4, de verb. obl. **(45-1)**.

point ne s'était établi que de son temps ([362]). Il en est de même pour les formules que ces deux auteurs donnent pour les legs ([363]). Ce que le hasard permet de démontrer ici, et encore cette preuve n'est-elle devenue possible que depuis la découverte des Institutes de GAIUS, doit s'être reproduit dans bien d'autres cas qui nous sont restés ignorés. Devant de pareilles considérations il nous est recommandé d'user de la plus grande circonspection et de la critique la plus sévère dans l'emploi des matériaux qui nous ont été transmis.

Sur quoi se basera la critique en cette matière? Le formalisme, nous le savons déjà, ne régnait pas seulement dans la procédure et le droit privé; il s'étendait encore au droit public et religieux, et au culte. Dans toutes ces applications, il émanait, fait capital, d'une seule et même main : celle des Pontifes (§ 47). Cette circonstance enrichit notre matière d'une foule de matériaux, elle nous permet notamment de combler, dans une certaine mesure, les lacunes que nous rencontrerons. Mais ce qui est bien autrement précieux, c'est que ces champs d'application du formalisme qui ne nous intéressent pas directement, par exemple, les formules du *jus fetiale* rapportées par TITE-LIVE (V. plus loin), remontent incontestablement jusqu'à la plus haute antiquité. En prenant ces formules et d'autres encore, pour base de nos recherches, nous pénétrerons jusqu'à l'âme même du formalisme ancien. Nous pourrons alors avec certitude attribuer une origine nouvelle à tout ce qui dans le droit nouveau sera en contradiction avec le fruit de nos recherches.

([362]) ULPIEN, XXI. GAIUS, II, 117... *sed et illa (heredem esse jubeo) comprobata videtur.*

([363]) GAIUS, II, 201; ULPIEN, XXIV, 4. V. note 404. GAIUS ne connait pas encore la formule *dare jubeo,* tandis qu'il déclare bonne la formule *dato* à côté de l'ancienne formule : *damnas esto dare.* Dans l'affranchissement (II, 267), ainsi que l'a prouvé STUDEMUND, la formule *liberum esse jubeo* était déjà approuvée de son temps.

Le rôle des mots au point de vue de la forme des actes juridiques présente deux aspects différents que nous allons examiner de plus près. 1° Certains mots étaient déterminés d'avance, et 2° ils devaient être prononcés de vive voix.

1. *Détermination des termes des actes* (364).

Dans les diverses actions juridiques, tant de la procédure que du commerce juridique, les parties devaient se servir de certains mots, de certaines phrases, déterminés et prescrits une fois pour toutes. Cette détermination n'était pas également rigoureuse pour tous les actes juridiques. La libre action des parties était plus ou moins enchaînée : tantôt la formule à réciter était plus longue et formait toute une litanie, tantôt elle ne consistait qu'en un simple mot décisif, en une expression technique, sorte d'étiquette que l'on attachait à l'acte pour lui donner sa couleur propre. Dans chaque formule, on le comprend, on devait ménager au contenu concret une place

(364) *Verba certa, solennia* (c'est-à-dire *sollo : toto anno :* revenant pendant toute l'année) *legitima* (à la rigueur : les mots empruntés à une *lex,* mais l'usage linguistique est plus large). Ulp., IX, 1, XIX, 3. Gaius, I, 112, IV, 29. Gell., XI, 1. Briss., I, c. 181. On trouve d'autres expressions dans les auteurs non juristes, par exemple *carmen, solenne carmen, certa nuncupatio verborum* et aussi *formula* par application à des actes juridiques, (les juristes l'emploient surtout pour la *formula* de la procédure formulaire; dans Gaius, IV, 24, on trouve *forma* pour désigner une *legis actio,* v. aussi L. 2, § 7, 12 de Orig. jur. 1-2). L'expression : *concepta verba* (par exemple dans le serment, Briss., VIII, 10, et dans la procédure formulaire) indique la composition d'une formule dans un cas déterminé. Mais il en advint souvent des *concepta verba* comme des CONCEPTAE *feriae* (en opposition aux *statirae,* attachées *ipso jure* à des jours déterminés) qui furent en partie, d'après la tradition, toujours mises à certains jours, et étaient ainsi *fixes* (Macrobe, Sat. I, 16), bien que, d'après leur caractère, leur célébration dépendît uniquement de la libre détermination du magistrat.

pour se déployer; chaque acte particulier se composait donc nécessairement de la combinaison d'une partie abstraite ou fixe, et d'une partie individuelle et concrète; mais dans une mesure très variable. Il est évident, par exemple, que la procédure ne pouvait se mouvoir exclusivement dans des formules stéréotypées; une certaine latitude devait être laissée à la discussion des parties. La formule ne devenait nécessaire que pour les éléments décisifs de l'acte, afin de les faire ressortir d'une manière plus précise et de les fixer d'une manière durable ([365]). Fixer et concentrer dans une seule proposition le véritable point d'une contestation est chose grandement utile dans la procédure aussi bien que dans toute controverse juridique. De cette manière, sans nuire à la liberté nécessaire de la discussion, on empêche le débat de s'égarer et le véritable objet de la contestation de devenir lui-même douteux. Semblable organisation fait souvent sensiblement défaut à notre procédure actuelle.

Tout au contraire de la procédure, le testament était d'un bout à l'autre soumis à des formes fixes, tant sous le rapport de son ensemble que dans chacune de ses dispositions en particulier. Là, nulle liberté de mouvements; l'institution de l'héritier, l'exhérédation, les legs, la nomination du tuteur, l'interpellation au *familiae emtor*, la réponse de celui-ci, — tout avait sa

---

([365]) Dans la formule de revendication de GAIUS, IV, 16, il est fait allusion à cette liberté d'exposition accordée aux parties : ... *secundum suam causam,* SICUT DIXI. On conteste, il est vrai, cette interprétation des mots *sicut dixi.* V. par exemple, KARLOWA, *Beiträge zur geschichte des römischen Civilprocesses,* p. 14 s. KELLER, *der römische Civilprocess,* § 18, admet comme possible que déjà sous la procédure des actions de loi, dans la *legis actio per condictionem,* les *verba solennia* eussent complètement disparu, ou du moins fussent réduits à peu de chose; on ne peut élever aucune objection quant à ce dernier point, mais quant à la disparition complète des *verba solennia,* cette hypothèse est ouvertement contraire à tout ce que nous savons du droit et de la procédure de l'époque ancienne.

forme déterminée et en partie aussi son ordre déterminé (V. plus loin). Dans la stipulation, au contraire, la partie fixe ou abstraite de l'acte se bornait au seul mot : *spondes?* — C'était un blanc-seing que l'on pouvait remplir à volonté, dans un ordre quelconque.

Les Romains eux-mêmes ont remarqué une différence graduelle qui existait sous ce rapport entre les formules. Certaines formules (et ils citent comme exemple les actions de loi) ne souffrent absolument aucun changement, ni addition ni omission; d'autres en admettent, mais bien entendu, en tant seulement que d'après leur but et leur objet elles répondent au but de l'acte ([366]). Nous pouvons encore découvrir d'autres degrés de détermination, sans rencontrer cependant des lignes de démarcation nettement tracées, mais comme nous n'avons d'autre but que de montrer l'existence d'une certaine gradation dans les formules, et qu'aucun intérêt juridique, en général, ne s'attache à cette distinction, une précision absolue n'est pas nécessaire.

Distinguons donc :

1. *Les mots sacramentels;* en règle générale ils coïncident avec le nom de l'acte lui-même, par exemple :

NOM DE L'ACTE.	TERME SACRAMENTEL.
SPONSIO	*spondeo*
FIDEPROMISSIO	*fidepromitto*
FIDEJUSSIO	*fidejubeo*
ACCEPTILATIO	*acceptum habeo*
HEREDIS INSTITUTIO	*heres esto*
EXHEREDATIO	*exheres esto*
PRAES.	*Praes sum.*

2. *Les formules élastiques :* phrases qui dans leurs points essentiels sont fixes, mais qui sous certains rapports souffrent

([366]) Vat. fr., § 318. *Non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus.*

une modification, par exemple, la *cognitoris datio* (note 366), la constitution d'un usufruit (à terme) par *in jure cessio.*

3. Les formules *fixes*, mais *schématiques*, c'est-à-dire, qui doivent être *remplies* concrètement, mais qui pour le surplus sont invariables. Le plus ancien exemple de cette espèce est peut-être la formule conservée par TITE-LIVE, de la déclaration de guerre, dans laquelle doit entrer à la place déterminée le nom de l'ennemi ([367]). Je citerai, dans le droit civil et la procédure, les formules suivantes :

Indication de la **personne.**

Nom du *défunt* dans la formule de la *cretio* lors de l'adition d'hérédité : *cum me* MAEVIUS *heredem instituit.* ULPIEN. XXII, 28.

Indication de la **somme.**

Dans la *manus injectio*, GAIUS IV, 21, et la *nexi solutio,* GAIUS III, 174;

Indication de l'**objet.**

Du fonds dans la revendication (sa situation), CICERON pro Mur. 12 ([368]);

([367]) TITE-LIVE, I, 32 : *Audite fines (cujuscunque gentis sunt nominat)... populum illum (quicunque est, nominat)...* On voit figurer dans les formules de la procédure formulaire les noms *Aulus Agerius Numerius Negidius.* Si le reproche de CICERON, pro Murena, 12 : *et quia in alicujus libris exempli causa id nomen invenerant, putarunt omnes mulieres quae coemptionem facerent, Gajas vocari,* était fondé, les noms en blanc seraient devenus des noms fictifs, comme dans l'exemple tiré de la procédure anglaise que rapporte KELLER, *Röm. Proc.*, § 41, i. f., mais v. sur ce point ROSSBACH, *Unters. über die röm. Ehe,* p. 352.

([368]) GAIUS, IV, 16, dit seulement : HUNC *hominem,* tout comme dans l'*in jure cessio,* II, 24 et la *mancipatio,* I, 119. Il est facile de comprendre que dans l'application à des choses *mobilières* la désignation nominative de la chose a disparu, étant rendue superflue par la présence de la chose même entre les mains des parties.

Indication du **rapport**.

Nexi solutio, GAIUS III, 174 et certainement aussi dans la *pignoris capio*, GAIUS IV, 29.

4. *Formules invariables :* dans lesquelles même la désignation nominative des circonstances individuelles n'était pas permise (parce qu'elle était superflue). A cette espèce appartenaient, par exemple, les formules du testateur et du *familiae emtor*, GAIUS, II, 104, celle du rituel de la revendication, GAIUS, IV, 16. CICERON, pro Mur., 12.

Il est presque inutile de faire remarquer que cette différence *dans la forme* n'était que la conséquence et l'expression d'une différence *dans le fond* même des actes. On pensait que certaines actions, par leur essence même, devaient être indiquées d'une manière fixe et déterminée, de telle sorte que le moindre écart dût les infirmer. Telle fut l'origine des formules de la 3e et 4e classe ci-dessus. Pour d'autres on reconnaissait aux parties une initiative plus large, on se contentait d'indiquer les points principaux, on les abandonnait même à l'appréciation individuelle. Dans le premier cas on prescrivait une formule de la 2e classe, dans le second on se bornait à exiger un simple terme sacramentel.

Quelle que fût, d'après ce qui précède, l'étendue de la condition de détermination, elle avait pour tous les actes la même force et la même vigueur. Une acceptilation dans laquelle le mot : *acceptum habeo* se trouvait remplacé par un autre équivalent, n'était pas moins entachée de nullité que la *legis actio* de GAIUS dans laquelle on avait mis : *vitibus* au lieu de *arboribus* ([369]). Il n'y avait pas la moindre différence, sous ce rapport, entre le fond du droit et la procédure. Il importe d'insister sur ce point, l'exemple célèbre de GAIUS, rapporté ci-dessus et le jugement non moins connu qu'il a porté sur la minutieuse inquiétude avec laquelle le mot est observé dans la procédure

([369]) GAIUS, IV, 11.

antique (Gaius, IV, 30) pourraient facilement donner le change. Sans doute la rigueur était plus sensible dans la procédure, car là une méprise dans la forme était irréparable; tandis qu'une erreur dans la conclusion d'un acte juridique pouvait être rectifiée en recommençant cet acte. Mais la rigueur dans l'appréciation de la forme était exactement la même dans les deux cas. Cette rigueur était la même encore dans les diverses formes d'actes que nous avons mentionnées plus haut, et l'apparence du contraire ne provient que de ce que la mesure de la forme, c'est-à-dire sa *détermination* était moins stricte pour tel acte que pour tel autre. Une *sponsio* qui n'exigeait que l'usage du mot *spondesne,* pouvait être conclue par tout le monde; pour faire un testament, au contraire, il fallait une connaissance exacte de toutes les règles à observer. Mais la rigueur avec laquelle on tenait à l'observation de la forme était pour tous les actes formels exactement la même, et ne souffrait pas de degrés. Il en est de même du droit actuel partout où il exige une forme déterminée, par exemple, dans la lettre de change. En effet, cette rigueur n'est pas quelque chose de positif, d'arbitraire, elle est le résultat inévitable de l'idée de la forme même — toute déviation de la forme prescrite la viole : distinguer entre le plus et le moins, entre l'essentiel et le non-essentiel, conduit au plus pur arbitraire. Car où serait la limite? Du moment qu'il faut tout un kilogramme, il est indifférent qu'il manque un gramme ou un décagramme, le kilogramme n'est plus complet! Du moment qu'un mot est déclaré essentiel, comment pourrait-il être remplacé par un mot équivalent? S'il y en a plusieurs, quel est celui que l'on pourrait omettre? Un ordre déterminé dans les mots, était-il prescrit, — et nous verrons plus loin (§ 55) que cet ordre était dans les formules romaines antiques l'objet de la plus sérieuse attention — en quoi pourrait-on l'intervertir? En un mot, il n'y a ici ni petit ni grand, la plus petite chose pèse exactement autant que la plus grande; l'exactitude la plus minutieuse et la rigueur la plus sévère sont si inévitablement imposées par l'idée du formalisme que celui qui

les rejette, doit rejeter l'organisation toute entière, et que celui qui accepte celle-ci, doit subir également celles-là dans toute leur inflexibilité.

Si donc le droit romain ancien, comparé au droit postérieur, nous laisse l'impression d'une rigueur formaliste extrême, la raison n'en est pas dans la rigidité et le soin scrupuleux avec lesquels les anciens juristes observaient la forme, elle réside dans l'extension et dans l'énergie que les institutions de l'ancien droit ont imprimées à l'élément de forme.

Un seul mot, on le sait, pouvait dans la procédure des actions de loi amener la perte du procès : cela était si peu le fait de la procédure ancienne, qu'il en était exactement de même dans la procédure nouvelle ou formulaire [370]. L'omission d'un mot, son remplacement par un mot équivalent (par exemple, dans la *sponsio* judiciaire, l'emploi de *promittisne* au lieu de *spondesne*), aussi bien qu'un changement dans l'*ordre* des mots [371], l'emploi d'une nouvelle forme de mot, là où la formule avait conservé la forme originaire, et même un changement dans le genre des mots [372] pouvaient entraîner la nullité. Il en était de même des additions, lorsqu'il s'agissait d'une formule fixe, invariable; la nullité ne frappait pas seulement l'addition, de sorte que pour le reste l'acte restât valable, elle embrassait l'acte tout entier. Peu importait d'ailleurs la nature de l'addition; qu'elle se conciliât ou non avec le but de l'acte, qu'elle ne contînt rien, qu'elle fût même absolument

(370) Quintilien, Inst. orat., VII, 3, *quum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur.*

(371) Pline, *H. N.*, XXVIII, 3... *ne quid praeposterum dicatur.* L'exemple principal est fourni par le testament. V. § 56.

(372) Le mot *ovis*, féminin dans l'usage postérieur, était à l'origine masculin, et la formule de la *multae dictio* le conserva ainsi même plus tard ; employé avec le genre féminin il était une cause de nullité. Gellius, XI, 1... *nisi eo genere diceretur, negaverunt justam videri multam.*

dénuée de sens. — C'était une addition et la forme n'en souffrait aucune.

Ainsi s'explique aussi la règle connue du droit romain : *expressa nocent, non expressa non nocent* ([373]). Certains actes juridiques solennels dit PAPINIEN ([374]), n'admettaient ni condition ni délai et l'addition expresse de la condition ou du terme les entachait de nullité, alors même que ces modalités étaient au fond même des choses, par exemple, la *tutoris auctoritas* accordée pour un acte conditionnel du pupille (donc tacitement sous la même condition), l'*acceptilatio* d'une dette conditionnelle avec mention expresse de la condition ([375]).

Les formules prescrites et les mots sacramentels ne pouvaient être traduits dans une langue étrangère, c'était là une conséquence nécessaire de la détermination de la forme. Du moment que c'étaient telles expressions déterminées dont on devait se servir, comment aurait-on pu avoir recours à d'autres, par exemple à des termes grecs? Autant aurait valu choisir des termes latins équivalents. L'étranger qui avait acquis le droit de cité romaine ou le *commercium* devait

---

([373]) L. 52 de Cond. (**35-1**). L. 195 de Reg. jur. (**50-17**). V. sur ce point SAVIGNY, System. T. III, p. 124, 125. Pour employer ses expressions : le *fond* y était sacrifié à la *forme* : cela est parfaitement exact, mais c'était précisément là l'*essence de la forme*.

([374]) L. 77 de Reg. jur. (**50-17**). L'expression employée ici : *actus legitimi* ne parait guères avoir été une expression technique, car elle ne se représente chez aucun autre juriste, de même que les mots *civile negotium* d'ULPIEN, XI, 27.

([375]) V. ces deux exemples dans L. 77. cit. et L. 8 de tut. auct. (**26**-8). Aux actes nommés dans le premier passage il faut encore ajouter la *tutoris auctoritas* et quant à la défense d'ajouter une condition : la nomination d'un *cognitor* (Vat. fr. § 329) et l'*in jure cessio*. On ne rencontre pas dans les sources d'exemple d'un *délai* implicitement contenu dans l'acte; la *tutoris datio* de la part de l'autorité pouvait en contenir un, le *dies ad quem* (la majorité du mineur) était sous-entendu.

donc conclure en latin tous les actes du *jus civile.* Dans ses relations internationales avec les étrangers, le peuple ne se servait pas de la langue étrangère ([376]), il ne la souffrait pas davantage dans les actes du droit civil ([377]). Les actes du *jus gentium* au contraire, et ceux du droit romain nouveau, comme par exemple, les fidéicommis, n'étant liés à aucune formule, étaient affranchis de l'emploi d'une langue déterminée. Dans le troisième système, nous examinerons les concessions qu'on fut amené à faire plus tard ([378]).

([376]) Dirksen, Civil. Abh. T. I, dissert. 1.

([377]) Cela est indirectement reconnu en principe dans la L. 8, § 4, de acc. (**46**-4) reproduite dans la note suivante. On en trouve des cas d'application particuliers dans la sponsio, Gaius, III, 93... *adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a graeca voce figurata esse ;* dans le testament, L. 21, § 4, Cod. de test. (**6**-23) avec l'ensemble de ses dispositions, par exemple, l'affranchissement (L. 14, Cod. de test. man. **7**-2), le legs (Ulp., XXV, 9. Gaius, II, 281), la nomination d'un tuteur (L. 8, Cod. de tut. test. **5**-28), mais surtout l'institution d'héritier.

([378]) Par exemple dans l'acceptilation, L. 8, § 4 de acc. (**46**-4) : *hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio* (c'est-à-dire, à proprement parler, elle ne l'était pas) *et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet;* dans la nomination d'un *cognitor,* Vat. fr. § 319, bien qu'il fallût pour cela *certa et quasi solennia verba,* Gaius, IV, 83, 97 ; dans la fidéjussion L. 8, pr. de fidej. (**46**-1) L. 12, Cod. de fidej. (**8**-41). Dans la stipulation ordinaire, à l'exception de la *sponsio* (L. 1, § ult. de verb. obl. **45**-1, Gaius, III, 93), on ne peut guères parler d'une concession puisqu'elle n'exigeait point des *verba certa et solennia;* mais il me parait plus que vraisemblable qu'en général, aussi bien dans son application aux pérégrins qu'aux Romains, elle est d'origine postérieure. On cite comme une particularité de Tibère (Suétone, Tiber., c. 71) qu'il s'opposa opiniâtrement à l'emploi officiel du grec. — Il y a une analogie avec les exemples ci-dessus dans le droit musulman qui fait une exception en faveur des personnes illettrées; il maintient cependant en principe l'usage de la formule arabe pour le divorce. Von Tornauw, *Moslemitisches Recht,* p. 171.

2. *Expression orale.*

L'*écriture* présente quelque chose d'abstrait, de savant, qui prouve qu'elle n'est pas la chose originaire. Ce qu'il y a de plus simple, de plus naturel et de plus primitif c'est la *parole.* Cette forme naturelle de l'expression des idées est en même temps dans l'ancien droit, la forme *juridiquement nécessaire* ([379]). Le droit ancien ne connait, que je sache, aucun acte solennel dans lequel l'écriture aurait pu remplacer la parole ([380]). Il est possible, à la vérité, qu'à Rome, dès l'époque antique, on ait usé d'annotations écrites, à côté de la parole, dans les actes importants du droit privé, comme pour les lois et les traités, et pour les autres actes du droit public, par exemple, l'estimation du censeur. Mais, et je dois insister sur ce point, c'était *à côté* de la parole, et non *à sa place.* On pouvait certes écrire et faire signer par les témoins ou par la partie adverse, un testament, ou une stipulation compliquée, mais cet écrit n'avait aucune importance *juridique*, la validité de l'acte reposait uniquement sur sa conclusion *orale.* Celle-ci pouvait être *abstraite* dans l'un comme dans l'autre cas : on pouvait, sans énoncer quoi que ce fût du contenu du document, s'en rapporter simplement à celui-ci dans la formule de l'acte, et dire, par exemple : je teste comme il est écrit dans ce document — promettez vous de donner ce qui est désigné dans ce document ([381]) ?

([379]) Cela n'est établi en principe nulle part, que je sache, précisément parce que pour les Romains cela était évident. Pour la mancipation et le *nexum* cela résultait des termes de la loi des XII tables : *uti* LINGUA *nuncupassit.*

([380]) De là l'expression conservée dans le droit nouveau : *legem* DICERE (par exemple *suae rei*) pour désigner une disposition contractuelle. D'autres réminiscences linguistiques se trouvent dans : EDICTUM , *inter*DICTUM (de *dicere*) *dies*FASTI, *ne*FASTI, *in*FANS (de *fari*).

([381]) *Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do ita lego, ita testor.*

Juridiquement l'acte était conclu de vive voix, car tout le contenu du document était ainsi approuvé, reconnu par celui qui parlait; il parlait par *renvoi*.

En fut-il ainsi dès l'origine? Je crois qu'un pareil état de choses porte le cachet d'une époque habituée aux abstractions. Le contenu concret de l'acte s'y trouve en effet séparé de l'acte même. Ce qu'on veut, ce n'est point telle ou telle chose déterminée, certaine; c'est quelque chose, celle qui se trouve dans le document, toute autre peut-être que celle que sait ou veut celui qui parle. Il peut vouloir sans savoir encore ce qu'il veut, par exemple, il peut promettre ce qu'un tiers a promis ou promettra ([382]). Les témoins n'en savent pas davantage : ils sont présents, voient ce qui se passe, entendent ce qui se dit, mais ignorent tout le contenu, et ne voient pour ainsi dire que l'*ombre* de l'acte. Dans l'acquisition de la propriété, dans la revendication d'une *chose*, il ne suffit pas de *nommer* simplement cette chose, d'y faire allusion en paroles, on doit la *saisir*. Et dans l'acte juridique on n'aurait pas dû également *saisir* le contenu, c'est-à-dire le *saisir* avec la langue *(lingua nuncupare)* ([383])? Vouloir par simple relation, par déclaration

---

Ulp., XX, 9. Un exemple tiré du droit religieux nous est fourni par la bénédiction d'un temple avec renvoi au titre de fondation d'un autre temple. V. dans Briss., I, 194 : *ceterae leges huic arae eaedem sunto, quae arae Dianae sunt in Aventino dictae.*

([382]) Par exemple : *quantam pecuniam... credidero, tantam dari spondes?* (L. 18, § 3 de stip. serv. **45-3**), *fide tua esse jubes?* (L. 47, § 1 de fidej. **46-1**). Dans le testament : *quem heredem codicillis fecero, heres esto* (L. 73 de hered. inst. **28-5**), *quantum legavero...* (L. 38 de cond. et dem. **35-1**). Je reviendrai sur ce point T. IV, § 63.

([383]) Dans le langage ancien cette expression signifie simplement parler; dans le langage nouveau elle parait avoir été employée surtout pour les actes oraux et écrits à la fois, afin d'insister particulièrement sur la partie orale *(nuncupatio)* en opposition avec la partie écrite *(tabulae)*, notamment dans le testament et le vœu. V. par exemple, Suetone, Aug. c. 97. Festus V° nuncupata.

abstraite de l'existence du consentement, etc., est manifestement contraire, à mon avis, à l'esprit du droit ancien. C'est ainsi que pour la *stipulation* on peut admettre avec certitude, qu'à l'époque ancienne, non seulement le *stipulant* devait énoncer tout le contenu, mais que le *promettant* de son côté devait répéter mot pour mot ses paroles (p. 240). Il en était de même dans l'obligation corréale et le cautionnement. Quant au *serment*, on sait que celui qui le prêtait devait répéter mot pour mot la formule qui lui était dictée, et qu'il ne pouvait, par conséquent, se contenter de dire : je le jure. Là seulement où la multitude, par exemple, le peuple dans les propositions de loi, ou l'armée dans la prestation du serment du drapeau, avait à déclarer une volonté, on peut admettre que l'on ait forcément fait exception, depuis l'époque antique, et autorisé une déclaration abstraite. C'est ce que confirment les *praejurationes* dans lesquelles un seul prononçait le serment en entier, après quoi les autres déclaraient leur assentiment en disant : moi aussi ([384]).

Pour en revenir maintenant au rapport de l'écriture et de la parole, je crois que dans le droit ancien le simple renvoi à un écrit sans en reproduire le contenu, n'était pas permis, et que l'on devait procéder à la lecture de tout le contenu de l'acte. Tenons-nous en d'abord aux deux cas principaux du droit public : les lois et traités. On sait qu'une proposition de loi devait être soumise verbalement au peuple, et que la force de la loi écrite reposait, non sur l'écriture, mais sur la proposition et l'acceptation orales. En ce qui concerne les traités, TITE-LIVE ([385]), nous en a conservé la formule, et celle-ci mentionne

([384]) FESTUS : *Praejurationes facere dicuntur hi, qui ante alios conceptis verbis jurant, post quos in eadem verba jurantes tantummodo dicunt : idem in me.* POLYBE, VI, 21. BECKER, *Handbuch der röm. Alterthüm.* (MARQUARDT) III, 2e part., p. 291. Dans TACITE, *Hist.*, IV, 34, chacun des soldats prononce complètement la formule du serment. TITE-LIVE, II, 45, XXVIII, 29, ne dit pas de quelle manière le serment a été prêté.

([385]) TITE-LIVE, I, 24. *Legibus (foederis) deinde recitatis : Audi, inquit.*

expressément la *lecture faite*. On se servait encore souvent de l'écriture dans les vœux, notamment dans les vœux publics *(tabulae votivae)*, et il est constaté également qu'il devait en être donné lecture ([386]). Mentionnons encore, pour l'époque postérieure, la sentence du juge qui, *donnée* par écrit, devait être *lue* à peine de nullité ([387]). Nous avons déjà vu plus haut (T. II, p. 13, n. 8) qu'il en dut être de même du testament. Il est possible que, subissant plus que tout autre l'influence du temps, cet acte en soit venu à n'être plus qu'une récitation simple de la formule de confirmation. Mais, quel que soit le mérite de cette opinion, le testament n'en était et n'en resta pas moins un acte juridique oral. C'est ainsi qu'il fut toujours considéré. Le *contrat littéral*, cependant, appartenant à la seconde moitié de la période dont nous nous occupons ([388]), semble contredire ce qui précède. Mais le contrat littéral ne fut dès l'origine que l'enregistrement effectué par les deux parties, d'une dette d'argent établie d'une autre manière; c'est ce que prouvent, sans doute aucun, les expressions : *expensum* et *acceptum ferre*. Cet acte n'était donc, d'après son but originaire et dans sa forme extérieure, qu'un *moyen de preuve*. Cependant, comme on attribua à cet enregistrement une force probante absolue, on y trouva indirectement un mode de s'obliger tout particulier, indépendant de la conclusion de tout autre contrat, d'un prêt, par exemple, et dans ce sens il était vrai de

Jupiter... ut illa palam prima postrema (du commencement jusqu'à la fin) EX ILLIS TABULIS CERAVE RECITATA SUNT... *illis legibus populus Romanus prior non deficiet.*

([386]) VAL. MAX., IV, 1, § 10. SUÉTONE, Aug. c. 97. APULEIUS, Metam. lib. XI (ed. Bip., p. 257) *de libro, de literis fausta vota praefatus.*

([387]) L. 1, 2, 3, Cod. de sent. ex peric. (7-44). SUÉTONE, Claudius, c. 15... *ex tabella pronuntiasse.*

([388]) Si toutefois il faut entendre les mots : *nomina transscribere*, de TITE-LIVE, Epit., XXXVII (a. 559) dans le sens technique (GAIUS, III, 130), ce qui pourrait être discuté.

dire que l'on se trouvait là en présence d'un contrat proprement dit. Il en fut du contrat littéral comme de la force obligatoire de la sentence judiciaire. Purement déclaratifs à l'origine, tous les deux ne font que reconnaître une obligation déjà existante; mais cette reconnaissance ne pouvant être infirmée, l'un et l'autre de ces actes deviennent de véritables actes constitutifs ([389]). Au point de vue pratique donc, le contrat littéral pouvait être une dérogation au principe dont il vient d'être question, mais si l'on veut examiner son caractère juridique on n'en peut tirer aucune objection contre nous.

Notre règle : que tous les actes du droit ancien doivent être conclus *oralement*, reste donc entière. Qu'arrivait-il cependant lorsque l'une des parties ne savait pas parler? Par le fait même elle était incapable de contracter. Tout aussi inhabile était le sourd ([390]) pour tous les actes où l'autre partie devait parler, car on devait entendre ses paroles, par exemple, dans la stipulation, dans le testament. Le droit romain n'avait pas d'égards pour les sourds et les muets, il les rendait victimes de leur infirmité.

La composition des formules était une branche de l'art juridique. — Formes verbales. — Syntaxe juridique, place logique des divers membres d'idées (fondement, condition, restriction, exception). — Loi de correspondance de la forme. — Corrélation entre l'établissement, l'extinction et l'exercice des droits.

55 Quelle est l'origine des formules? Il est bien certain

([389]) V. une analogie tirée du droit postérieur dans PAUL, Rec. sent., V. 7, (HÄNEL 8) § 2 : *Quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione praecedente responsum sit.*

([390]) V. L. 48 de obl. et act. (**44-7**)... *in quibus negotiis sermone non opus est.* L. 6, § 1, qui testam. (**28-1**). ULP., XX, 7, 13. Sur la *tutoris auctoritas,* v. L. 1, § 2, 3, de test. (**26-1**). Cette conséquence des *verba certa* a disparu avec eux-mêmes dans le droit de Justinien. L. 10, Cod. qui test. (**6-22**).

qu'elles ne sont pas une création de la loi. L'époque postérieure offre, il est vrai, de nombreux exemples de lois qui contiennent la formule des actions qu'elles accordent, par ex., la loi *Rubria* (organisation de la procédure pour la Gaule cisalpine). Mais l'époque ancienne ne nous offre rien de pareil et il n'est pas même vraisemblable que le cas s'y soit jamais présenté. Indirectement, il est vrai, les lois anciennes étaient une source importante des formules, parce que, ainsi que nous le démontrerons plus tard, elles contenaient tous les matériaux nécessaires pour composer une certaine espèce de formules, à savoir : celles des *legis actiones*.

Les formules sont-elles des produits de la vie? Oui, si l'on prend en considération leur valeur coutumière, non, si l'on n'a en vue que leur origine. Abstraction faite des expressions purement sacramentelles, l'origine juridique des formules proprement dites ne peut être niée, tant la volonté, l'intention qui a présidé à leur création les a marquées de son empreinte, tant l'harmonie, la logique, l'art règnent dans tout l'ensemble du système. Cette origine est expressément attestée du reste pour toutes les formules qui se rapportent à la procédure. On nous rapporte, en effet, qu'après la promulgation de la loi des XII tables, et en exécution de cette loi, les Pontifes avaient composé des formules d'actions et les avaient conservées par devers eux ([391]). APPIUS CLAUDIUS les réunit ensuite en une collection qui fut écrite et publiée par FLAVIUS *(jus Flavianum)*. Un autre juriste, ÆLIUS, y ajouta plus tard un supplément *(jus Aelianum)* ([392]). POMPONIUS commet certainement une erreur lorsqu'il mentionne ce dernier fait en disant qu'ÆLIUS composa *(composuit)* la collection. Il est à peine besoin de faire remarquer qu'un juriste, comme tel, c'est-à-dire sans caractère officiel, ne pouvait introduire des formules. Il ne pouvait évidemment que

([391]) L. 2, § 6 de Orig. jur. (1-2), p. 85, note 59.
([392]) L. 2, § 7, ibid.

rédiger un formulaire. Encore y a-t-il une impossibilité à ce que tous les formulaires de cette collection aient été composés par ÆLIUS seul. Placée en face de la nécessité indiquée par POMPONIUS lui-même *(augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi)*, et de la source même des *legis actiones*, des *leges*, la jurisprudence aurait-elle failli à sa mission ? Aurait-elle attendu qu'ÆLIUS vint combler cette lacune, et mît au jour en une fois une série de formulaires d'actions si considérable que son œuvre méritât d'être appelée *liber* ou *jus Aelianum?* Cette dernière appellation qui, comme celles de : *jus Papirianum* et *Flavianum*, ne visait que le compilateur, a causé l'erreur de POMPONIUS.

Les formules sont donc l'œuvre de la jurisprudence. Si les preuves extérieures pouvaient laisser subsister quelque doute à cet égard, ce doute devrait tomber devant les preuves tirées de la constitution même des formules. Chacun de leurs fragments est une véritable marque d'origine. Nous avons appelé (p. 244) le système formaliste, un *produit artistique de l'esprit juridique*, et nous l'avons désigné comme une branche dépérie de l'art juridique le plus ancien : les pages qui vont suivre fourniront la justification de ces paroles.

Comparé à la jurisprudence actuelle, et même placé en regard de la jurisprudence postérieure, le niveau intellectuel de cet art n'est sans doute guères élevé; pris en lui-même il force notre admiration. L'idéal auquel il aspire et dont nous devons chercher à nous rendre compte, c'est la *logique absolue*. Pénible, minutieuse, préoccupée des infiniment petits, cette logique exige dans l'ordonnance des idées, une exactitude à laquelle le penseur le plus profond ne saurait atteindre avec des paroles. Elle voulait donc un style lapidaire qui pesa avec un soin extrême jusqu'au moindre mot. Mais cette logique même était à l'abri de toute critique, les règles qu'elle établissait, empruntées à l'observation la plus exacte de la pensée, étaient incontestables. Ces arides formules nous donnent le plus ancien essai historique d'une théorie des lois de la pensée.

Ce que ce système présente surtout d'admirable c'est son entente extraordinaire des nuances les plus délicates des formes verbales. En épuisant toutes les finesses de leur langue, les anciens juristes ont réussi, grâces à des moyens faibles, à obtenir de grands résultats. Ils ont rencontré l'expression concise, mais frappante et juste; ils sont parvenus à caractériser et à individualiser leur langage à un point tel que les exemples d'un pareil succès sont rares dans l'histoire de la langue.

Les grands maîtres de l'art musical ont su individualiser musicalement les différents personnages d'une œuvre dramatique de telle manière que chacun d'eux a son motif typique qui le désigne à l'auditoire; eux aussi, les anciens maîtres du droit en ont su agir de même avec les personnages qu'ils avaient à faire parler. Chacun de ceux-ci, peuple, Sénat, Préteur, parle sa propre langue, correspondant toujours avec son rôle politique. Le lecteur se convaincra bientôt, j'espère, qu'il n'y a aucune exagération à soutenir, par exemple, que rien ne caractérise plus exactement la position particulière, en droit public, du Préteur, que les quelques mots que contient à cet égard l'édit de ce magistrat.

Un danger, cependant, celui de tomber dans la puérilité, menaçait le formalisme. La jurisprudence ancienne, et ce n'est pas là son moindre mérite, a su l'éviter. L'exemple d'une législation qui offre, sous ce rapport, avec le droit romain ancien un parallèle des plus instructifs, nous montre combien ce danger était prochain. Plus que tout autre droit, en dehors du droit romain, le droit islandais professait le culte de la forme et le respect du mot. Il fallait, d'après un auteur qui fait autorité en cette matière ([393]), une étude de plusieurs années pour apprendre toutes les formules par cœur; « leur application » exigeait l'attention la plus sévère. Mais le droit était devenu » un jeu d'esprit et comme une gageure pour celui qui pour-

([393]) Weinhold, *Altnordisches Leben*, Berlin, 1856, p. 402.

» rait proposer et appliquer de la manière la plus irréprochable » les formules et les usages les plus obscurs et les plus rares, » et bien souvent le sang coulait pour réparer les abus du » sophisme. » Si les Romains ne succombèrent pas à ce danger qui devint si pernicieux pour un peuple que de longs hivers épuisent en méditations, ils le durent non pas à eux-mêmes, à leur raison, à leur sens pratique des choses de la vie, mais bien à une activité pratique incessante, la plus sûre protection contre toutes les vaines spéculations. Le défaut seul de tâches sérieuses suffisantes engendre la puérilité.

Il me reste maintenant, avant de justifier par les détails le jugement que je viens de porter sur le formalisme, à prier le lecteur de considérer les preuves que j'en ai données par anticipation à la p. 171, comme faisant partie intégrante de cette étude. Cela est indispensable autant pour conserver une vue d'ensemble sur toute la matière, que pour éviter d'inutiles redites. Nous étudierons successivement :

1. Les formes verbales.
2. La syntaxe juridique.
3. La loi de correspondance de la forme.

1. *Les formes verbales.*

Si l'on nous soumettait aujourd'hui, sans en indiquer la source, un fragment d'un écrit sur le droit, d'une loi, d'une ordonnance, d'un jugement, d'un travail théorique, d'un contrat ou d'un testament, il nous serait difficile, ou pour mieux dire impossible, dans la plupart des cas, de deviner la nature juridique du document d'après son *langage.* Toutes ces productions parlent généralement la même langue : un article de loi a le tort d'être aussi doctrinal, souvent, qu'un passage d'un traité, une ordonnance administrative s'exprime comme une loi, une disposition de testament est conçue comme celle d'un contrat.

Si le même problème nous était soumis avec un fragment de cette espèce appartenant au droit romain, un seul mot, sou-

vent, en donnerait la solution. Je ne parle évidemment pas des mots décisifs qui suffisent seuls à caractériser un document, comme par exemple *hac lege*, *placere* SENATUI, etc. : je n'ai en vue que le style de l'écrit. Le style de la loi était autre que celui d'un sénatus-consulte ou d'un édit, autre celui du testament et celui des contrats ([394]). Nulle convention arbitraire ne fixait les règles de ce style, mais il savait saisir et rendre la diversité des choses, il individualisait les rapports juridiques.

Cette individualisation reposait principalement sur l'emploi des diverses *formes verbales*. L'impératif devait servir pour d'autres rapports que l'infinitif, l'indicatif pour d'autres rapports que le subjonctif, le futur pour d'autres encore que le présent. Nous allons nous en convaincre :

1. L'*impératif* contient un *ordre*, une invitation catégorique, c'est surtout le *peuple* qui l'emploie dans ses décrets *(leges, Plebiscita)* ([395]), que ceux-ci concernent l'établissement de règles de droit proprement dites, ou d'autres dispositions ([396]). Il ap-

---

([394]) KENNER, *Mittheilungen der österr. Commission für Baudenkmäler*, T. 14. p. 126 s. nous en fournit une preuve intéressante se rapportant aux diplômes de congé des Prétoriens et des auxiliaires renvoyés dans leurs foyers. Dans les premiers, l'Empereur parle à la première personne *(quibus jus* TRIBUO *Connubii*, plus tard il se servit du pluriel : *quorum nomina* SUBJECIMUS); dans les seconds il parle à la troisième personne *(imperator...* DEDIT *civitatem et connubium)*.

([395]) Par exemple *sacer, parricida, damnas, talio esto; cogito, reddito, adjudicato*, etc. BRISSON, II, c. 20 et s., c. 32 et s. Il se représente dans la loi des XII tables même pour des dispositions accordant une autorisation, par exemple, *si volet, plus dato* (Tab. 3); *tignum junctum ne solvito* (Table 6); *quia volet, jumentum agito* (Table 7); SCHOELL, XII tabul. reliq., p. 79 s.

([396]) Par exemple dans le *votum* d'un *ver sacrum*. TITE LIVE, XXII, 10, RUDORFF ad leg. Aciliam (*Berlin, Akad. der Wissensch.*, 1861, p. 415 fait remarquer que cette loi se sert dans ses instructions au Préteur *(magistratus major)* et aux juges (à l'exception d'un seul passage) du *subjonctif*, et dans celles au Questeur *(magistratus minor)* de l'*impératif*.

partient également aux *dieux*, c'est-à-dire, il est aussi la forme des prescriptions du droit religieux ([397]) Au contraire le *Sénat* dans ses sénatus-consultes et le Préteur dans son édit devaient s'en abstenir, car d'après la théorie du droit public, ils n'avaient ni l'un ni l'autre la puissance legislative ([398]).

Dans les limites de sa compétence le *magistrat* est investi du droit d'ordonner, notamment le Préteur dans l'administration de la justice. Aussi ses instructions tant au juge *(judex esto, condemna, absolve)* qu'aux parties *(mittite ambo hominem, inite viam)*, sont-elles à l'impératif. Il devait en être de même par conséquent de la sentence du juge lorsqu'elle comportait une *condamnation* et non une simple décision *(praejudicialis formula)* ([399]); le Préteur lui avait transmis le droit d'ordonner. Dans ses propositions au peuple, le magistrat se sert du subjonctif — *velitis jubeatis* ([400]).

Une réquisition de la part d'une personne privée n'est conçue à l'impératif que lorsqu'il est certain qu'il y sera obtempéré, par exemple, lorsqu'il s'agit de témoins qui ont promis leur coopération. *(Litiscontestatio : testes estote; nuncupatio testamenti : testimonium mihi perhibetote)*, ou lorsque le *libripens* s'adresse à la partie (p. 222). La réquisition adressée à l'adversaire n'est jamais à l'impératif, car l'une partie n'a rien à ordonner à l'autre; par exemple, on ne dit pas : *ambula*

([397]) Par exemple *piaculum dato, aram ne tangito.*

([398]) Je l'ai cherché en vain dans les sénatus-consultes et dans l'édit du Préteur, mais dans l'édit des édiles on trouve deux fois l'impératif *pronuncianto* et *eadem faciunto,* tandis que cet édit observe pour le reste la façon de parler de l'édit du Préteur (v. plus loin).

([399]) Par exemple SOLVE, L. 59, § 1 de re jud. (**42-1**). Ce n'est que pour l'époque postérieure, tout au plus, que l'on peut soutenir qu'il ne fallait pas des *verba solennia* pour le jugement. (KELLER, *röm. Process,* § 66). Quant à l'époque ancienne, v. VARRON de L. L. VI, 61, *judex*... QUIBUSDAM VERBIS *dicendo finit*. V. plus loin sur la forme de la simple *pronuntiatio.*

([400]) Par exemple GELLIUS, V. 19.

mecum in jus, mais : *in jus te voco* ; on ne dit pas : *dic, ex qua causa vindicaveris*, mais on s'exprime ainsi : *postulo anne dicas, ex qua*, etc. ([401]). Moins encore, naturellement, la partie peut-elle dire au Préteur : *da mihi judicem* ; elle dira : *postulo, uti des*; elle ne s'adressera pas non plus à elle-même à l'impératif, ce qui aurait été le cas si la formule de la mancipation avait été conçue à l'impératif : *emtus esto* (note 267). Les nuances délicates observées par les Romains dans l'emploi de l'impératif rendent la chose inadmissible. La partie conclut elle-même l'acte d'*emere* en saisissant la chose, en frappant la balance, et en constatant cet acte par la formule; or, la constatation se traduit par l'indicatif (V. plus loin). Ni la partie ni son adversaire n'avaient besoin d'être requis pour agir.

L'impératif est, ainsi que nous l'avons vu, la forme dans laquelle s'exprime la *lex*. Employé dans les dispositions testamentaires aussi longtemps que les testaments se firent devant les comices, il se conserva dans le testament *per aes et libram*. Les dispositions du testament doivent être conçues *legis modo* (i. e. *imperative*) ([402]), par exemple : *heres, exheres, liber, damnas, esto, cernito, capito, praecipito, sinito*. Cependant la formule des legs *per vindicationem* s'exprime autrement : elle emploie les termes : *do, lego*. Il y a là une anomalie impossible à expliquer ([403]), mais qui doit cependant avoir des motifs. La même formule se retrouve dans la *tutoris datio* ([404]).

([401]) GAIUS, IV, 16. De même la formule y rapportée : *sacramento te provoco*, et dans VALER. PROB. de notis § 4 : *quando in jure te conspicio postulo, an fas (fuas, fias) autor*. V. ibid. la formule de la *judicis postulatio* mentionnée plus haut.

([402]) Expressions d'ULPIEN, XXIV, 1, à l'occasion des legs.

([403]) En effet, d'après la manière de s'exprimer de GAIUS, II, 193 et d'ULPIEN, XXIV, 3, on ne peut pas, comme pour la formule que nous avons rencontrée plus haut, p. 265, dire qu'elle est d'une origine plus récente. Les mêmes expressions se rencontrent aussi dans la formule de la *nuncupatio : ita do, ita lego*; peut être est-ce là que se cache l'explication.

([404]) GAIUS, I, 149. *Rectissime autem tutor sic dari potest : Lucium*

Les romains, on le sait, emploient l'expression *lex* dans une acception large, pour désigner des dispositions qui reposent sur un accord *(leges contractus, foederis, pacis, etc.)*. C'est la raison, probablement, pour laquelle la forme impérative s'y applique aussi, par exemple, dans les diverses clauses d'un *foedus* (405), dans le titre de fondation d'un temple, et même dans les *formulaires* de contrats (406).

Titium liberis meis tutorem do aut lego. Sed et si ita scriptum sit : liberis meis Titius tutor esto, recte datus intelligitur. Vat. fr. 229, 230. — D'après la manière dont Gaius s'exprime ici, la formule *tutor esto* doit être d'une origine récente.

(405) Sur le *foedus* v. Brisson, V, c. 48, 49 : *amicitia esto, jus belli gerendi ne esto, tradito, restituito;* sur la *lex dedicationis*, Brisson, I, c. 194 : LEGEM *dixit... probe factum esto, jus fasque, eadem lex esto*. Est-ce par hasard que Tite-Live, qui se sert de l'impératif dans le *foedus* (V. par exemple, XXXVIII, 11, et autres passages dans Brisson), rédige avec le subjonctif les conditions de paix proposées par le chef d'armée? XXXIII, 30. XXXIV, 35.

(406) V. les formulaires de contrats dans Caton de re rust. c. 144-150. Ici l'impératif alterne avec le futur d'après les prestations des deux parties. Le propriétaire qui engage des journaliers pour le travail agricole ou qui vend ses fruits, se sert pour les prestations qu'il impose à l'adversaire de l'impératif (par exemple *oleam cogito recte — oleam ne stringito — facito recte — promittito — pigneri sunto, satis dato,* etc.), et pour les obligations dont il se charge lui-même, du futur *(nemo dabit, — deducetur... neque debebitur... vinum admetietur... locus dabitur...)*, de sorte que l'on peut reconnaître à la forme verbale quelle disposition est faite soit en faveur du propriétaire, soit en faveur du journalier ou de l'acheteur. Degenkolb, *Zeitschr. für Rechtsgeschichte,* T. 9, p. 173, note 111, veut trouver dans le futur, non la convention, mais la proposition unilatérale de contracter. Mais on peut lui opposer la : *lex parieti faciundo Puteolana* (Bruns, fontes, p. 139) dans laquelle l'impératif et le futur alternent dans la même opposition *(praedes dato facito,* etc. — *pars pecuniae dabitur... altera solvetur)* et qui n'était pas un simple projet de contrat, mais bien, comme le prouvent les noms des entrepreneurs à la fin, un contrat conclu.

L'impératif pouvait indistinctement se rapporter, ou bien à un *facere* directement, ou bien à l'obligation de faire, par exemple dans le legs *per damnationem : heres dato* ou *damnas esto dare.* L'époque antique n'a-t-elle pas été plus rigoureuse sous ce rapport ? c'est là une question que je ne puis que poser, mais dont la solution m'échappe ([407]).

2. Le *subjonctif* se rapproche de l'impératif en ce sens qu'il contient aussi une espèce d'ordre, mais revêtu d'une forme plus douce, plus conciliante. C'est le Sénat d'abord qui l'emploie. Le Sénat ne pouvait ordonner dans les premiers siècles de la république, il ne pouvait qu'émettre des avis, intercéder, recommander, inviter. L'infinitif (n. 3) et le subjonctif étaient les formes qui correspondaient à ces attributions. L'emploi du premier impliquait plutôt une simple déclaration, l'emploi du second semble indiquer plutôt une invitation. Même après avoir déjà acquis en fait le pouvoir législatif, le Sénat continua à se servir de l'une et de l'autre de ces formes ([408]). Le subjonctif se retrouve aussi dans l'édit du Préteur. Dans cette forme sont exprimées toutes les dispositions de l'édit, à l'exception de celles

([407]) GAIUS, II, 201, ajoute à la forme *dato* dans le *legs per damnationem,* qu'ULPIEN, XXIV, 4, met sur la même ligne que les autres, les mots : *sed et si* DATO *scriptum est, per damnationem legatum est.* C'est, à mon avis, un signe évident de son origine plus récente, de même que l'expression mentionnée dans la note 404.

([408]) Exemples : Sc. de Bacchanal. (le plus ancien qui nous ait été conservé) : *ne quis adesse velit.* Sc. de curator. aquarum (dans FRONTIN) : UTI *darent, attribuerent, ut liceret, ne cui liceret.* Sc. de aedificiis non diruendis : *ne quis domum dirueret, poenam inferri cogeretur, venditio irrita fieret.* De même dans les décrets municipaux (exemple dans HAUBOLD, Monum. leg. p. 232). On ne trouve que dans le Sc. Orphitianum (de l'an 178 après J. C.) la forme impérative empruntée aux lois : *jus antiquum* ESTO. L. 1, § 9, ad. Sc. Tert. (38-17), tandis que quelques années plus tard le Sc. Juncianum observe la forme ancienne. L. 28, § 4 de fideic. lib. (40-5).

où le Préteur parle de ce qu'il fera lui-même, auquel cas il parle à la première personne, (V. plus loin). En effet, le Préteur n'est pas investi du pouvoir législatif, et bien que dans l'édit il établisse néanmoins des principes de droit, il ne peut cependant les revêtir de la forme législative, c'est-à-dire les exprimer à l'impératif. Le rapport qui existe entre le subjonctif du Préteur et l'impératif du peuple, peut être comparé à celui qui existe entre la *bonorum possessio* et l'*hereditas :* au fond le Prêteur agit comme le peuple, mais dans une forme autre; sa manière de présenter les choses diffère de celle du peuple. Prenons entre autres les exemples suivants (409) :

1) *Exhibe*AS, *restitu*AS, *satisd*ET, *bona vene*ANT.

2) *Ne quid facias, immittas, fiat, ne quis in jus vocat, vi eximat.*

3) *Ut eant aut satisdent, ut solvat.*

C'est également sous cette forme du subjonctif que l'on soumet un *projet*, que l'on fait une *proposition.* Le magistrat qui présente au peuple une proposition de loi, ou toute autre proposition quelconque, l'annonce en ces termes : *rogo*, *velitis, jubeatis, Quirites,* ou *vellent*, *juberent*, et la proposition suit, conçue entièrement dans la forme du subjonctif (410). Le Sénat, de son côté, se sert du subjonctif vis-à-vis du magistrat, en lui soumettant le projet des mesures qu'il aura à prendre.

L'*infinitif.* C'est la forme de la *croyance,* de l'opinion, de la conviction, de la déclaration, de l'avis, du jugement. Aussi trouve-t-il son application principale dans les Sénatus-consultes (411).

(409) V. toute une série de subjonctifs dans la L. 1, § 10 de ventre insp. (**25**-4). DERNBURG a fait des recherches pleines d'intérêt sur les formes linguistiques de l'édit du Préteur, dans les *Festgabe* pour HEFFTER, p. 93 et s., et bien qu'il n'ait pas, à mon avis, obtenu un résultat précis et décisif, il a offert à des recherches ultérieures un thème des plus intéressants.

(410) V. des exemples dans BRISSON, II, c. 1.

(411) Les phrases d'introduction étaient : *placere, videri, curae fore,*

En dehors de la forme de la condamnation, la sentence judiciaire peut encore prendre celle d'une simple déclaration (T. I, p. 174); l'expression solennelle employée à cette occasion est: VIDERI (412). Il en est de même du témoignage, pour lequel l'expression ARBITRARI était usitée (413), et il est très vraisemblable que l'on a observé cette forme, à l'époque ancienne, dans toutes les espèces d'*avis*, par exemple, dans les réponses des jurisconsultes, des augures, des féciaux, des pontifes, etc. (414).

4. L'*indicatif exprime l'affirmation, la déclaration, l'assurance, la constatation.* Mais il n'y a pas à perdre de vue une distinction fort délicate. Lorsque celui qui parle affirme un fait qui n'a d'autre base que sa conviction personnelle, par exemple, lorsqu'il affirme qu'il est propriétaire ou créancier, au lieu de dire: *res mea* EST, *te mihi dare* OPORTET, il ne peut qu'employer les expressions AIO *rem meam esse,* AIO *te mihi dare oportere* (415). Il en est tout autrement lorsque sa seule déclaration suffit pour produire *objectivement* l'effet qu'il a en vue, ou lorsqu'elle doit *constater, faire entendre* sa propre action ou un fait qui se

---

existimare, censere arbitrari, aequum censere, judicare, etc. avec l'accusatif et l'infinitif, ou avec *ut* et *ne* lorsqu'il s'agissait d'ordres donnés. V. BRISSON, II, c. 73 et s. Je ne puis croire qu'à l'origine les deux formes aient pu être employées indistinctement, cependant il me serait impossible de fournir, à ce sujet, une preuve positive.

(412) CICERON, Acad. prior. II, 47 : *Majores voluerunt... quae judices cognovissent, ea non ut esse facta sed ut* VIDERI *pronuntiarent.* Exemples dans BRISSON, V, c. 218. Dans la procédure *per sacramentum* notamment, le jugement parait avoir porté : *sacramentum (actoris, rei) justum videri.*

(413) CICERON, pro Fontejo, c. 9 : *illud verbum* CONSIDERATISSIMUM *nostrae consuetudinis :* ARBITROR, *quo nos etiam tunc utimur, quum ea dicimus jurati quae comperti habemus, quae ipsi vidimus.* Acad. prior. II, 47.

(414) Plus tard ces réponses ne furent plus astreintes à aucune forme, cela est sans doute incontestable, mais ne prouve rien pour l'époque ancienne. V. des exemples dans BRISSON, I, 211, 215, 218, II, 98, III, 88, etc.

(415) La dernière formule se trouve dans VAL. PROB. de natis, § 4, la première dans GAIUS, IV, 16.

passe sous ses yeux. Dans ce cas il parle catégoriquement : *praes sum, spondeo, hereditatem adeo cernoque, manum injicio, silentium est, dixere.* La formule de la mancipation est particulièrement instructive sous ce rapport. L'assertion de l'acceptant qu'il a pris la chose pour lui (pour de l'argent), est catégorique et objective : *est emtus;* au contraire l'assertion concomitante qu'il est désormais propriétaire, est conçue en ces termes : AIO *rem meam esse,* tout comme la formule de la procédure de revendication. Il n'y a là rien que de fort logique. En effet, le fait de la vente est établi et constaté objectivement, mais non celui de l'acquisition de la propriété; celle-ci exige pour condition que la propriété réside dans le chef de celui qui donne : or l'acceptant ne peut à cet égard qu'exprimer une conviction *individuelle.*

5. Le *futur*, à la première personne, est la forme de l'intention et celle de la *promesse.* Nous en trouvons l'application la plus importante et la plus intéressante dans l'édit du Préteur, dont elle est en quelque sorte la signature. Citons, comme exemples : *actionem, judicium, in integrum restitutionem, interdictum, bonorum possessionem dabo, non dabo, jubebo, pacta conventa servabo, ratum habebo, animadvertam, vetabo, cogam, permittam* [416]. Ce n'est pas le hasard seul qui fait ainsi toujours parler le Préteur à la première personne. Pourquoi ne trouve-t-on pas une seule fois le futur à la *troisième* personne, par exemple, *actio dabitur, pacta conventa servabuntur, ratum erit,* etc ? Et ensuite pourquoi toujours le futur, pourquoi pas, comme ailleurs, la tournure : *ratum est?* S'il n'y avait là une intention

---

[416] Le *présent* ne se rencontre guères que dans la formule des *interdits* établie dans l'édit : *vim fieri veto,* c'est, comme le remarque très-justement SCHMIDT VON ILMENAU, *Zeitsch. f. Civilr. u Proc. n. f.*, VIII, p. 44, la forme de l'ordre spécial qui s'adresse à la personne interpellée à la deuxième personne *(unde tu illum vi dejecisti, uti possidetis),* tandis que la partie est désignée d'une manière générale dans les dispositions générales, par exemple, *si quis dicetur.*

bien formelle, on rencontrerait bien, çà et là, une autre forme. Mais l'intention se devine aisément. Dépouillé de puissance législative, le Préteur ne pouvait dire, par exemple : les pactes *sont* valables. Il ne pouvait que promettre de les protéger, de les maintenir; et encore ne le pouvait-il que pendant la durée de son année de fonctions, car son successeur pouvait changer l'édit. A moins donc de promettre plus qu'il ne pouvait tenir, il ne pouvait que proclamer : je donnerai, ou ne donnerai pas une action, je maintiendrai les pactes, etc. Cette nuance de style est donc très-significative; elle peint d'un trait tout le caractère du droit prétorien, et donne en un mot la corrélation de celui-ci avec la personnalité de celui qui parle et le pouvoir de ses fonctions. — Le *jus civile* se base sur la *lex* impersonnelle, le droit prétorien repose sur la personnalité du Préteur ([417]).

Les formes solennelles du droit civil ancien ignorent le futur. Elles sont toujours rédigées au présent ([418]). Il en existe une preuve formelle en ce qui concerne les *legis actiones. Nulla legis actio,* dit PAUL ([419]), *prodita est de futuro ;* il aurait pu dire tout

([417]) DIRKSEN, *l. c.,* l'entend ainsi : « La corrélation intime des *edicta* » *perpetua* avec le droit coutumier se constate encore mieux par cette » circonstance que le magistrat qui, dans son édit, parle toujours de lui- » même à la première personne, ne se représente lui-même que comme » l'exécuteur de principes du droit dont il suppose tacitement l'établis- » sement, sans citer une source positive déterminée. » A mon avis cela est très-subtil et très-douteux. Le *moi* du Préteur met sa personnalité en avant, précisément en opposition avec la règle objective de la loi ou du droit coutumier, et si jamais le caractère tout entier de l'institution est signalé d'un trait, c'est ici dans cette accentuation de la personnalité.

([418]) Il en est de même de la forme romaine de la stipulation, avec *spondeo.* La stipulation plus abstraite du *jus gentium,* qui n'est pas liée à un mot déterminé (p. 238) peut être conclue au futur : *dabis? dabo, facies? faciam.*

([419]) Vat. fr. § 49.

aussi bien *in futuro*, au futur. Il ne peut même y avoir aucun doute à cet égard quant aux actes qui ne créent point d'obligation, (par exemple, la *mancipatio*, *in jure cessio*, *manumissio);* cela résulte d'un principe que je ne pourrai établir que plus tard (T. IV, § 63), le principe de l'*existence des conditions et des effets* de l'acte au moment de sa confection — les conditions doivent exister, les effets commencer de suite, l'acte juridique ne peut être ni *anticipé* ni *suspendu.*

La forme qui se présente enfin en dernier lieu, est :

6. *La forme par demande et réponse.* Dans certaines occasions le choix en est tout naturel ; dans d'autres son emploi est des plus significatifs et est déterminé par une intention formelle que nous avons à rechercher.

Lorsqu'au début du procès, le défendeur faisait spontanément un aveu devant le Préteur *(in jure),* cet aveu, quelqu'important qu'il fût pour le demandeur, ne pouvait jamais valoir comme *confessio in jure.* L'aveu devait être sollicité *(interrogatio in jure)* (420). La raison en est que l'aveu, comme tel, ne crée aucun rapport entre défendeur et demandeur : pour que ce rapport existe entre le défendeur et un demandeur déterminé, il faut que ce dernier provoque l'aveu par une action directe de sa part. Cette action prend la forme d'une demande. Dans ce cas l'aveu s'adresse au demandeur, il est fait, non plus seulement *in rem*, mais *in personam.*

Il en est de même de la *promesse.* A nos yeux l'intention qui dicte une promesse résulte suffisamment de ce que la prestation promise devra se faire à telle personne déterminée, sans qu'il faille encore que la promesse même soit directement faite

(420) Cela résulte de la manière dont s'exprime ULPIEN dans la L. 9 de interr. (11-1): *si sine interrogatione quis responderit se heredem pro* INTERROGATO HABETUR. V. un exemple d'une question, puisé dans la procédure des *legis actiones* dans GAIUS, IV, 16 : *postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris.*

à cette personne. A ce compte il y aurait eu *confessio in jure* dans le cas où le défendeur, sans être questionné à cet égard, aurait avoué avoir commis un vol au préjudice du demandeur, ou avoir reçu quelque chose de lui. Mais les simples paroles proférées par le défendeur et se rapportant au demandeur ne suffisaient point pour créer un rapport d'obligation entre eux. Ce rapport ne pouvait résulter que d'une déclaration de volonté de la part du créancier.

Mais une acceptation ne pourrait-elle pas établir ce rapport? Une promesse ou un aveu acceptés, pourrait-on dire, valent tout autant que s'ils sont faits en réponse à une question. S'il ne peut en être ainsi, c'est que celui qui veut acquérir et qui, plus tard, pourra devoir intenter l'action, doit prendre l'initiative ([421]). Dans les actes où l'action de l'une des parties suffit, comme dans la mancipation et la cession judiciaire, et où l'autre peut se borner à une assistance passive, il est évident qu'il ne faut pas de question, mais il en est autrement lorsque l'acte réclame de la partie qui doit s'obliger une déclaration formelle, que son adversaire ne peut *exiger*. Dans ce cas, ce dernier doit formuler la déclaration ([422]), et la proposer sous forme de question. Cette forme, permettant une réponse, soit affirmative, soit négative, est une reconnaissance implicite de la liberté de la partie adverse : l'ordre au contraire, d'après son idée même, exclut cette liberté : il ne convient donc que là où l'autre partie *est tenue* d'obéir.

([421]) J'établirai cette loi de l'initiative en un autre endroit. Comme exemples je citerai la *stipulatio, in jure cessio, mancipatio ;* même dans la confection du testament, le *familiae emtor* parle d'abord et le testateur ne parle qu'après lui. C'est en vertu de ce principe que la *demonstratio,* dans tous les exemples rapportés par GAIUS (IV, 20, 47, 59, 136, 137) parle toujours de l'action du *demandeur* exigée pour établir l'obligation *(deposuit, stipulatus est, vendidit)* et jamais de celle du défendeur, cependant tout aussi essentielle pour cela.

([422]) Comp. la règle d'interprétation des L. 39 de pact. (**2-14**) et L. 38, § 18 de verb. obl. (**45-1**).

La formule interrogative, ne s'appliquait pas seulement, on le comprend, aux deux cas de l'*interrogatio in jure* et de la *stipulatio*, mais il est sans intérêt de citer tous les cas, voire les principaux, auxquels elle était applicable. Bornons-nous à remarquer que dans tous, qu'il s'agisse d'une simple information, d'un dire, comme dans la question du magistrat à l'augure, ou d'une autorisation comme dans celle du fécial au roi ([123]), ou, comme dans les deux cas ci-dessus, d'une obligation de l'autre partie, toujours celui qui veut obtenir quelque chose d'autrui doit prendre l'initiative au moyen d'une question.

La forme de la *prière*, qui acquiert une importance historique dans les fidéicommis, appartient, comme ceux-ci eux-mêmes, au droit nouveau. A l'époque ancienne, elle servait à exprimer toutes les interpellations juridiquement non obligatoires.

2. *La syntaxe juridique.*

L'antiquité classique se préoccupait beaucoup de fixer la succession logique exacte des mots et des membres de phrases. Les juristes ne pouvaient évidemment échapper à ce problème dans la composition des formules et ils durent lui donner une solution. Celle-ci nous a été conservée ; elle se trouve consignée dans les formules parvenues jusqu'à nous, mais il faut quelques recherches pour l'y découvrir.

Comme dans toute syntaxe, nous avons à examiner la place des divers *mots* et celle des divers *membres de phrases*. Nous n'insisterons pas quant aux premiers : ce serait nous perdre dans des recherches purement grammaticales absolument inutiles

([123]) Tite-Live, I, 24. *Jubesne me, Rex.... foedus ferire.... facisne me tu regium nuntium,* etc.? La *tutoris auctoritas* ne devait-elle pas également, dans l'origine, être provoquée par une question spéciale ? C'est une question que je me borne à poser. D'après le droit nouveau il ne fallait aucune question (L. 3 de auct. 26-8. *Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus*).

pour notre sujet. Contentons-nous de quelques remarques détachées ([424]).

Lorsque l'on cite plusieurs espèces isolées d'un même genre, datant d'époques différentes, mais égales pour le reste, on a soin d'observer leur *succession chronologique*, par exemple, la *lex* est nommée avant le plébiscite, tous deux sont cités avant les sénatus-consultes, et l'énumération de ces derniers précède celle des constitutions impériales ([425]). Cette méthode était essentiellement romaine et ce qui le prouve, c'est cette opinion généralement adoptée par les archéologues romains que JANUS est toujours nommé le premier dans les invocations où l'on s'adresse à plusieurs dieux, par le motif qu'il était le dieu le plus ancien. Cette opinion est-elle exacte, ou bien le fait n'a-t-il été imaginé qu'en vue de l'explication, peu importe ([426]). Cette opinion avait cours et il nous suffit de la constater.

La superstition avait également sa part dans l'ordre des énumérations de noms. Rome avait une prédilection marquée pour les noms qui renfermaient un heureux présage; et dans les occasions où une pareille considération pouvait justifier son choix, ceux qui portaient de ces noms remportaient toute sa

---

([424]) Il est à peine besoin de dire qu'en interpellant une personne (par exemple les dieux, CATON de re rust. c. 132, 134. TITE-LIVE, I, 18, VIII, 9) on devait commencer par la nommer et que pareillement la formule commence par le nom du juge *(M. M. judex esto)*.

([425]) Je renvoie à la formule établie : *lex sive plebiscitum* et ensuite à la L. 7, § 7 de pact. (2-14)... *adversus leges, plebiscita, Scta, edicta principum*. L. 1, § 8 de post. (3-1) *lege, plebiscito, senatus consulto, edicto, decreto principum*... L. 1, § 1 in f. ex quib. caus. (4-6) etc. PLINE, *H. N.*, XXXIII, 8... *qua de causa et nunc (equester ordo) post populum scribitur, quia novissime coeptus est adjici*.

([426]) Il y a d'autres explications allégoriques, qui ont également une grande vraisemblance d'après tout ce que nous savons des Romains, par exemple, que JANUS, comme portier, ouvrait aux prières. V. les textes à l'appui dans BRISSON, I, c. 75.

faveur ([127]). C'est ce motif, qui à l'occasion de l'enrôlement des soldats, faisait appeler d'abord les noms dont la signification était un heureux présage guerrier, par exemple, les *Valerii* (c'est-à-dire valeureux, de *valere*), les *Statorii* (fermes au poste), et s'il n'y en avait point, en vrais Romains, on en créait quelques uns par fiction ([128]).

Au témoignage de PLINE, la loi elle-même avait déterminé expressément, dans un certain cas, l'ordre des mots ([129]). Il nous apprend que le magistrat, lorsqu'il punissait les délits, ne pouvait imposer une amende en bœufs avant d'en avoir imposé en moutons. Cette disposition, selon PLINE, témoigne en faveur de la douceur des lois anciennes. Ce sont là ses expressions, mais il est évident qu'elles doivent être comprises autrement, ou qu'elles énoncent une erreur. Le sens de la disposition est clair : elle prévoyait le cas où, devant une obstination persistante, il fallait recourir à une aggravation de peine. Le magistrat devait commencer par la condamnation la moins sévère, l'amende en moutons, il ne devait condamner à payer des bœufs que lorsque la première peine était restée inefficace ([130]).

([127]) Par exemple, pour conduire l'animal destiné au sacrifice. PLINE, *H. N.*, XXVIII, 5.

([128]) Schol. Bob. ad orat. pro Scauro § 30 (ORELLI, II, p. 374) : *necesse enim erat, ut haec nomina prima essent in exercitu propter omen.* CICERON de nat. deor. II, 27. *Cum in omnibus rebus maximam vim haberent prima et extrema.* C'est pour cela aussi que l'on commençait les locations des censeurs par le *lacus Lucrinus* (à cause de l'allusion à *Lucrum !*) FESTUS, V° Locus Lucr. (MÜLLER, p. 121) et les adjudications publiques par celle de la nourriture des oies du Capitole qui avaient sauvé Rome. PLINE, *H. N.*, X, 26.

([129]) PLINE, *H. N.*, XVIII, 3.

([130]) Il faut donc combiner GELLIUS, XI, 1, sur la *multa minima* et *suprema* avec PLINE. NIEBUHR, *Röm. Gesch.*, T. II, 3e édit. p. 341. Cette opinion a été établie en détail par HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum.* Leipzig, 1874.

La succession des membres de phrases ou la coordination des idées présente un intérêt plus considérable que la succession des mots. Voici le principe d'après lequel s'établit cet ordre : ce qui, d'après les règles de la logique appliquées aux principes du droit, se présente tout d'abord à l'esprit, doit s'énoncer en premier lieu ([451]), le reste suit. Il suit de là qu'avant la disposition proprement dite il faut mettre :

1. *La description de l'objet ou du rapport.* Le cas d'application le plus connu est la *demonstratio* de la formule :

> *Quod A. A. apud N. N. mensem argenteam deposuit, qua de re agitur — quidquid ob eam rem* (dans les formules plus anciennes : *ejus rei ergo), N. N. A. A. dare facere oportet,* etc. Gaius, IV, 47. — *Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum... meum esse aio.* Ciceron, pro Mur., c. 12.

D'autres exemples se reproduisent en grand nombre dans toutes les formules du droit religieux, public et privé par ex. :

> *Quam rem Senatus Populusque Rom. de republica deque ineundo novo bello in animo haberet... ea res uti,* etc. Tite-Live, XXXI, 5.

2. La mention des circonstances constitutives de l'espèce proposée.

> *Quod me P. Maevius testamento heredem instituit — eam hereditatem adeo cernoque.* Gaius, II, 166. — *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es... ob eam rem... manum injicio.* Gaius, IV, 21 ([452]).
>
> *Quando in jure te conspicio, postulo,* etc. *Quando negas, sacramento provoco.* Val. Prob. de notis, § 4 et Gaius, IV, 16.

([451]) De là aussi la mention des *praescriptiones pro reo* au commencement de la formule (Keller, *Röm. Civilpr.,* § 43).

([452]) Dans ce cas Gaius, IV, 24, exige même expressément que l'on mentionne d'abord la *causa.*

Cette existence objective des circonstances constitutives de l'espèce peut se concevoir dans presque tous, sinon dans tous les cas d'une manière subjective, comme *cause* de l'action : elle n'en est pas moins un élément logique propre.

3. La *cause,* qui logiquement doit précéder la conclusion ou la résolution ; par exemple, dans la formule du jugement qui prononce l'interdiction du prodigue :

Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis... ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. PAUL, Sent. Rec., III, 4ª, § 7.

et dans la déclaration de guerre où l'on allègue une double cause ou plus exactement une cause de la cause :

Quod populi priscorum Latinorum... adversus P. R. Q. fecerunt, deliquerunt (fundamentum remotum) quod P. R. Q. bellum cum... jussit esse (fundamentum proximum)... ob eam rem... bellum indico facioque. TITE-LIVE, I, 32.

4. La *condition.* La disposition toute entière n'est voulue que pour le cas où la condition se réalise. Celui qui a à se prononcer sur la disposition doit s'assurer d'abord de la réalisation de la condition, la place qu'occupe la condition, au premier rang, lui indique ainsi logiquement la marche qu'il observera dans son examen. Nous retrouvons partout la même nécessité logique quant à la place que doit occuper la condition. Cela résulte de toutes les comparaisons auxquelles j'ai pu me livrer. Comme exemples de divers actes je nommerai les suivants :

le *Votum : Si bellum... confectum erit, tum,* etc. TITE-LIVE, XXXVI, 2 (433).

l'*imprécation dans la conclusion du foedus : Si prior deficit... tu... Jupiter populum Rom. sic ferito,* etc. TITE-LIVE, I, 24.

(433) V. toute une collection d'exemples dans BRISSON, I, c. 159 et s. On ne peut naturellement avoir égard aux *vota* de la composition des poëtes, qui se rencontrent dans leurs œuvres, bien que régulièrement on y trouve aussi en première ligne la condition.

l'*intentio* dans l'instruction au juge : *Si paret, N. N. Ao. Ao, centum dare debere, condemna, si non paret, absolve.* Gaius, IV, 41, 43 ([434]), et la prétendue formule antique dans Tite-Live, I, 26.

l'*institution d'héritier* et toutes les dispositions conditionnelles du testament. Gaius, II, 179, 235. L. 40, § 3, 8, de statulib. (**40-7**) ([435]).

Suivent au contraire la disposition :

1. La *restriction, la charge.* Ainsi dans la constitution de la servitude par *deductio*, la servitude, comme restriction de la propriété, trouve sa place après le passage concernant la garantie de la propriété :

Aio hunc fundum meum esse... deducto usufructu. Vat. fr. § 50.

Pour le même motif le legs ne pouvait trouver place qu'après l'institution d'héritier, car il contient une diminution de l'héré-

([434]) Je saisis cette occasion pour attirer l'attention sur une preuve intéressante de l'exactitude rigoureuse des formules. Les mots *si non paret absolve* ne contiennent-ils pas un pléonasme ? N'était-il pas évident que le juge devait absoudre, lorsque la condition de la condamnation, le *si paret,* ne se réalisait point ? Pour nous, oui, et les juristes romains de l'époque classique pensaient de même (L. 37 de reg. jur. **50-17**. L 3 de re jud. **42-1**) mais les juristes antérieurs voulaient que cela fût expressément dit, car le contraire de *si paret, condemna,* à parler rigoureusement, n'est pas : *absolve,* mais la négative : *ne condemna ;* et dans les *quaestiones perpetuae* il y eut pendant longtemps encore une troisième décision possible : la déclaration du *non liquet*. De là aussi peut-être la nécessité de l'*exheredatio* expresse dans l'*institutio heredis* conditionnelle d'un *suus heres,* ce que je ne puis approfondir davantage ici. Là seulement, où en cas de défaut de la condition, la conséquence conditionnelle devait simplement ne pas avoir lieu (par exemple *si fecerim, spondesne centum dare*), il ne fallait pas le mentionner expressément ; une simple négation se comprend d'elle-même.

([435]) V. un grand nombre de textes à l'appui dans Brisson, VII, c. 62 et passim.

dité ([436]), et c'est précisément pour cela que les juristes, qui regardaient cette considération comme décisive (note 442), pensaient que la *tutoris datio* pouvait se trouver avant l'institution d'héritier, puisqu'elle n'a rien de commun avec l'hérédité ([437]). Un autre exemple, que je ne pourrai cependant expliquer que plus tard, est fourni par la *cretio : Titius heres esto, cernitoque*, etc. ULP., XXII, 33.

2. L'*exception*. Le cas d'application le plus fréquent est la position de l'*exceptio* dans la formule. Celui qui est convaincu comme moi, que dans les questions de syntaxe juridique ce ne sont pas des considérations de style ([438]), mais seulement les lois de l'ordre logique qui décident, ne peut douter un seul instant que l'*exceptio* ne vint à la fin de l'*intentio*. Placée à la fin de la *condemnatio* ([439]), elle aurait dit au juge : condamnez d'abord et cherchez ensuite s'il n'y a pas une exception.

3. Le *but*. Rappelons la formule connue du serment : *se uxorem* LIBERORUM QUAERENDORUM CAUSA *habere*. GELLIUS, IV, 3.

4. *La disposition accessoire*. Parmi les diverses dispositions d'un acte, il faut d'abord nommer celle de la validité et de

---

([436]) *Delibatio hereditatis*, L. 116 pr. de leg. I (**30**).

([437]) GAIUS, II, 231... *quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione*.

([438]) C'est ce que croit SAVIGNY, System, V, § 226, note e.

([439]) Comme le veut absolument SAVIGNY. KELLER, *Röm. Civilproc.*, § 34, note 376, le croit au moins possible. La *lex Rubria*, c. 20, qu'il cite, ne prouve pas cela, car la *condemnatio* se trouve tout à la fin dans la formule qu'elle établit (C. S. N. P. A. c'est-à-dire *Condemna, Si Non Paret Absolve*). Le contraire semble résulter des lettres E. J. que bien à tort on traduit par *eum jube*. C'est pour le même motif que la *deductio* dans l'action du *bonorum emptor* ne peut s'être trouvée après la *condemnatio*, comme la place DERNBURG, *Uber die emtio bonorum*, p. 142 et *Die Compensation*, 1e édit., p. 54. (Dans la 2e édition il a rectifié son erreur, p. 42, d'après von SCHEURL, *Beiträge*, I, p. 155). Autant eût valu dire au juge : Condamnez d'abord le défendeur au tout, et ensuite déduisez !

l'existence de laquelle toutes les autres dépendent. Pour que le legs subsiste, il faut avant tout qu'il y ait eu addition de l'hérédité; on ne peut s'occuper des légataires que lorsque l'héritier est connu; il faut donc dans le testament, que l'institution d'héritier précède les legs et toutes les autres dispositions [440]. De même une substitution pupillaire ne peut être ordonnée qu'après que le testateur s'est donné lui-même un héritier [441]. C'est pour un motif identique que l'esprit du droit ancien devait repousser l'opinion des PROCULÉENS [442], qui soutenaient que la *tutoris datio* pouvait précéder l'institution d'héritier. Cette opinion n'était qu'une application systématique d'une certaine manière de voir que nous avons rencontrée plus haut, (note 437).

Supposons qu'un testateur veuille en même temps affranchir son esclave, et l'instituer son unique héritier: laquelle des deux dispositions devra-t-il inscrire la première dans son testament ? L'esclave devait d'abord être libre avant de pouvoir devenir héritier, mais pour qu'il devint libre, une addition d'hérédité était nécessaire. C'était se débattre dans un cercle vicieux, c'était s'engager dans une impasse au bout de laquelle on allait se heurter contre la logique. Cette disposition aurait donc été impossible si la considération de l'intérêt pratique n'avait pas été plus forte chez les juristes anciens que les raisonnements captieux de la sophistique. On tourna la difficulté en réunissant les deux dispositions en une seule phrase de manière à ce

---

[440] GAIUS, II, 229. *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.* § 230 *(libertas)* § 231 *(tutoris datio)*. L'*exheredatio* non plus ne pouvait, dans le principe, être faite qu'après l'*heredis institutio,* jusqu'à ce qu'ADRIEN permit le contraire. L. 1, pr. de hered. inst. (28-5).

[441] ULPIEN dit que faire le contraire c'est *convertere ordinem scripturae*. V. L. 2, § 4 de vulg. subst. (28-6).

[442] GAIUS, II, 231.

que leur réalisation dût être considérée comme simultanée ([443]).

Les recherches que nous venons de faire et qui sont le premier essai qui ait été tenté dans cette voie, ne peuvent certes avoir la prétention d'avoir épuisé la matière. Nous n'en sommes qu'à une première exploration, et déjà que de riches découvertes! mais que de trésors cachés encore ([444])! Puisse mon exemple pousser plus avant les recherches historiques dans une matière jusqu'ici inexplorée ([445]). Elles y trouveront un aliment

---

([443]) GAIUS, II, 186... SIMUL *et liber et heres juberi debet,* après quoi il est indifférent de mettre d'abord l'une ou l'autre disposition. A cela se rapporte la règle qu'ALFENUS VARUS établit dans la L. 11 de pec. leg. (33-8) : *in conjunctionibus* (c'est-à-dire dans les dispositions jointes) ORDINEM NULLUM ESSE *neque quicquam interesse, utrum eorum primum diceretur aut scriberetur.* V. cependant la L. 14 de penu leg. (33-8); un juriste de l'époque ancienne n'aurait guères pu raisonner de cette manière.

([444]) Je passe moi-même sous silence quelques observations détachées pour lesquelles je n'ai pu trouver de place convenable. J'indiquerai cependant encore les suivantes. Pourquoi la formule du legs *per vindicationem* était-elle : *capito, sumito, habeto,* celle du legs *per damnationem : dato, facito?* N'auraient-elles pas dû être retournées? Non! L'obligation tend à une prestation, à un *dare facere* du débiteur, l'acquisition de la propriété consiste, dans l'opinion des Romains, de la part de l'*acquéreur,* à *prendre* (T. I, p. 110), à *capere, sumere,* c'est pour cette raison que l'une formule parlait d'une action de l'*héritier,* l'autre d'une action du *légataire,* sans mentionner l'héritier (de même que celle de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio* ne mentionne pas l'action du propriétaire).

([445]) Je voudrais la recommander particulièrement à l'attention des philologues. Où ceux-ci, par exemple, pourraient-ils trouver une distinction aussi intentionnelle des conjonctions *quod* et *quando* que dans les quatre formules de la *cognitoris datio* de GAIUS, IV, 83, dont les deux formules du demandeur se servent de l'une et celles du défendeur de l'autre? Je suis fermement convaincu que les nuances de principes entre les conjonctions *quod, quum, quoniam, quando,* etc. ne sont nulle part aussi bien observées que dans les formules juridiques anciennes, et qu'elles méritent par conséquent d'y être étudiées.

plus digne de leur ambition, et plus fécond que dans cette tâche ingrate, maladie à la mode chez les historiens du droit, de chercher à reconstruire les formules des actions romaines. Nous ne connaissons encore que bien imparfaitement les lois de cette branche de l'art juridique ancien, et notre science, sous ce rapport, présente bien des lacunes; notre œil moderne manque de pénétration et d'habitude, pour pouvoir découvrir toutes les finesses de cet art qui nous échappe encore; nos plus grands maîtres s'y sont trompés, et grossièrement parfois ([446]). Pareils

([446]) Ainsi, par exemple, SAVIGNY place l'*exceptio* après la *condemnatio* (note 439) — c'est là une instruction donnée au juge qui vaut à peu près celle que donnerait un général à un officier, de pendre d'abord un espion, et de rechercher ensuite s'il était réellement un espion, et dans ce cas, de ne pas le pendre. PUCHTA (Cursus der Inst. II, § 162, note 0) donne comme la formule par laquelle le Préteur invitait les parties à : *manus conserere* pour des fonds, la suivante : *suis utrisque superstitibus praesentibus* VINDICIAS SUMITE, *inite viam.* A la place des mots soulignés, CICERON pro Murena, 12, auquel cette formule est empruntée, dit : *istam viam dico,* mais CIACONIUS (« *satis ingeniose e Festo* » ORELLI ad h. l.) remplace ces mots par ceux que PUCHTA admet après lui. Pour quiconque lit la formule dans l'ouvrage de ce dernier, elle doit paraître authentique, car elle est rapportée avec indication de la source et sans autre remarque. La circonstance qu'un homme comme PUCHTA n'a pas immédiatement vu que ces mots étaient impossibles, prouve d'un manière frappante combien nous avons encore peu profondément pénétré dans le système des formes romaines; — ces mots contiennent une faute contre la logique la plus élémentaire — un Romain se serait moqué du Préteur qui lui aurait ordonné d'aller *d'abord* chercher une motte de terre et *puis* de se mettre en route pour le fonds litigieux. PUCHTA commet une erreur tout aussi forte, que je n'ai pas besoin d'expliquer, dans ses Pandectes, § 504, lorsqu'il parle d'un délai fixé à l'héritier pour se prononcer, comme *condition* de l'institution (par exemple, *si intra diem 100 creveris, heres esto!*). V. d'autres exemples note 439. (DERNBURG : la *deductio* placée après la *condemnatio*); (HUSCHKE : emploi de l'impératif dans une action que celui qui parle avait à exécuter lui-même); T. IV, § 62. (KELLER et

essais restent sans grande valeur pour la science. Parades scientifiques qui ne font que confirmer une antique vérité, qu'il faut connaître un art avant de pouvoir l'exercer.

3. *La loi de correspondance de la forme.*

Les considérations et les règles que nous avons exposées jusqu'ici concernent l'acte juridique en lui-même, comme acte de volonté isolé et indépendant. Nous avons maintenant à en examiner d'autres concernant le rapport dans lequel l'acte se trouve avec des faits juridiques connexes, rapport qui est le motif déterminant de la forme de l'acte en question.

Lorsqu'un créancier remet sa dette au débiteur, cette remise est bien un acte isolé, indépendant, mais elle se trouve néanmoins dans une relation nécessaire et intime avec la dette

---

Rudorff : (Construction de l'*act. negatoria* et *confessoria* de telle manière que la première aurait pu être tout aussi bien intentée par le non propriétaire et que la seconde, au contraire, n'aurait pu être intentée par l'ayant droit réel que contre le propriétaire); ibid. Rudorff : (Construction d'une *actio in factum* pour l'antique *actio furti*). V. aussi l'exemple rapporté par Bruns, *Zeitsch. f. R. G.*, I, p. 44, d'une reconstruction de la formule de l'*actio de constituto*, par Noodt et Haubold, qui aboutit à ceci, que le Préteur promet de donner cette action à l'ayant droit lorsqu'il a déjà préalablement apporté la preuve du constitut *(si appareat, judicium dabo)*. Je ne me suis occupé dans ces citations que des maîtres de la science, mais leurs élèves les ont suivis et dépassés. On trouve, par exemple, dans Salkowski, *Bemerkungen zur lehre von den jurist. Personen*, 1863, p. 42, une *actio pro socio* avec cette *demonstratio: quod Servilius* (le défendeur) *socius est*, dans laquelle il n'y a rien d'exact si ce n'est la conjonction *quod*. En effet 1° chacune des *demonstrationes* parvenues jusqu'à nous, vise le *demandeur*, et cela pour de bons motifs (note 421), 2° toutes emploient le parfait, pour des motifs également bons, car on ne peut pas établir l'obligation ni le *socium esse*, mais seulement la *conclusion* dans le passé d'un contrat.

même. Il en est de même de l'action ; elle aussi existe et s'éteint avec le droit qu'elle poursuit, et par conséquent, en dernière analyse, avec l'acte qui a prétendument donné naissance à ce droit. Disons plus, ces trois actes : l'établissement, l'extinction et l'exercice en justice du droit ont un centre commun : le droit objectif.

Des rapports intimes, nécessaires, se nouent ainsi entre les divers actes juridiques; entre eux d'abord, entre eux ensuite et les règles et principes généraux du droit. Ces rapports ont trouvé, en droit romain, dans la forme et la formule des divers actes leur expression morphologique. Je n'entends point par là que la formule mentionne toujours le rapport d'un acte avec un autre, ou d'un principe avec un autre principe : cette mention purement extérieure est du reste inévitable dans la plupart des cas; comment, par exemple, remettre ou réclamer une dette sans nommer la dette elle-même, c'est-à-dire, sans dire comment elle est née. Non, l'influence de ces rapports sur la formule, ou d'une manière plus générale, sur la forme est bien autrement délicate, elle est bien réellement de nature morphologique ; en d'autres termes, la coupe même de la forme ou de la formule révèle le rapport qui existe entre deux actes ou entre deux faits. Il y a là une preuve nouvelle de la vérité d'une observation que nous avons déjà faite (p. 171) sur la configuration des formes romaines, et que nous appellerons désormais *la loi de la correspondance de la forme.*

S'il était nécessaire de grouper les divers cas d'application de cette loi d'après un ordre rigoureusement logique, il faudrait commencer par la corrélation entre l'acte juridique et le droit dans le sens objectif. Mais je préfère introduire le lecteur, sans retard, au cœur du sujet. Examinons donc tout d'abord :

1. *La correspondance entre les formes d'établissement et d'extinction des rapports juridiques.*

Aucune des lois de la forme que nous avons parcourues jusqu'ici ne fut établie expressément par les juristes romains classiques. Mais la scène change. La loi dont nous abordons l'étude

devait forcément attirer leur attention, tellement elle était flagrante. Ils l'ont formulée en ces termes : Il est tout naturel que toute chose se dissolve de la même manière qu'elle a été formée [447]. Traitée par la jurisprudence ancienne, cette loi n'était vraie que pour la forme : seules les formes et les formules d'extinction du droit répondaient à celle de l'établissement du droit. Toute tentative de la part des juristes du droit nouveau pour revendiquer à cette loi une vérité matérielle devait avorter [448]. Parcourons quelques applications :

La révocation du legs (ademtio legati) de la part du testateur ne peut se faire avec des mots quelconques : elle exige l'emploi de *verba contraria*, c'est-à-dire, qu'il fallait reproduire les mots au moyen desquels on avait constitué le legs, en y ajoutant une négation; ainsi, par exemple, dans le legs *per vindicationem : do lego*, était remplacé par les termes *non do*, *non lego*; dans le legs *per damnationem : damnas ne esto* prenait la place de *damnas esto dare*, dans l'affranchissement de l'esclave au lieu de *liber esto,* on disait *liber ne esto* [449].

La dissolution d'un nexum ne pouvait se faire que par un acte correspondant à celui de son établissement : *nexi solutio*, *liberatio*. Le débiteur qui, tout en effectuant réellement son paiement, avait négligé d'observer cette forme, restait obligé; au contraire il était libéré, lors même qu'il n'aurait rien payé,

(447) L. 35 de reg. jur. (50-17) *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.* L. 153 ibid. V. p. 71, note 45.

(448) Comme dans la L. 46 de adq. poss. 41-2 (application à la possession) et dans la L. 35 de reg. jur. cit., où le juriste soutient le parallélisme entre les causes d'établissement des obligations *(re, verbis, consensu)* et leurs modes d'extinction.

(449) Ulp., XXIV, 29, pr. Inst. de ademt. leg. (2-21). L. 13, § ult. de statul. (40-7). Il en est autrement dans le fidéicommis du droit nouveau qui n'est pas assujetti à une forme : L. 18 de leg. III (32). L. 27, Cod. de fideic. (6-42.)

si le créancier l'avait déchargé de sa dette en observant les formes de ce paiement apparent.

L'*acceptilation* était la forme solennelle de la remise d'une *dette stipulée;* elle n'avait d'emploi que dans ce cas unique ([450]). L'*acceptilation* formait ainsi l'antithèse directe de la stipulation. Dans l'un comme dans l'autre cas l'acte était conclu au moyen de *termes* solennels et en *forme interrogative,* mais en retournant la formule. Dans la stipulation, c'était le créancier qui posait la question et le débiteur qui répondait, dans l'acceptilation au contraire, c'était le débiteur qui posait la question *(acceptum habes?)* et le créancier qui répondait *(acceptum habeo).* Je ne pourrai démontrer que plus loin (T. V) comment cette rédaction de l'acceptilation correspond à la stipulation.

Il en était de même du *contrat littéral.* Un poste *(nomen)* couché sur le livre domestique *(codices accepti et expensi)* devait-il être effacé? Comme l'inscription était portée au crédit *(expensum),* l'amortissement devait être porté au débit *(acceptum);* le débiteur faisait l'opération contraire.

L'insuffisance de nos renseignements nous empêche de décider si ce principe ne trouvait pas une application plus étendue encore, si par exemple, la dissolution d'un mariage par *confarreatio (diffareatio),* ne devait pas correspondre à sa conclusion, si l'*exauguratio* ne faisait pas pendant à l'*inauguratio* ([451]), etc.

([450]) L. 8, § 3 de acc. (46-4) : *Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est. Acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit, neque enim* VERBIS POTEST TOLLI, QUOD NON VERBIS CONTRACTUM EST.

([451]) OTTO, jurispr. symb., p. 485, donne encore un cas d'application historiquement accrédité, à savoir que la fondation des villes, de même que leur destruction se faisait au moyen de la charrue v. SERVIUS, ad Aen., IV, 212, *nam ideo ad exaugurandas et diruendas civitates aratrum adhibitum,* UT EODEM RITU QUO CONDITA SUBVERTATUR. Ce principe tire

2. *Correspondance entre l'établissement et l'exercice en justice du droit.*

Je ne dois pas rappeler qu'il ne s'agit partout ici que d'actes *formels* d'établissement et qu'il n'est question ni d'obligations nées de délits, ni d'acquisition de la propriété par prescription, etc.

Examinons d'abord la revendication. La forme caractéristique de la mancipation s'y trouve si fidèlement reproduite, qu'il est difficile d'admettre que ce ne soit pas avec *intention*. Cette forme caractéristique consistait dans l'appréhension de la chose, et dans la formule : *aio rem meam esse,* (p. 222). Cette dernière est *mot à mot la même* pour la revendication, et l'on y retrouve aussi l'appréhension de la chose, (p. 256). Il en est de même de l'*act. confessoria* et *negatoria* (452).

Cette observation soulève la question de savoir s'il n'y a pas eu un rapport analogue dans l'action personnelle. Valerius Probus nous a conservé la formule mentionnée ci-dessus (note 415), comme appartenant aux *legis actiones : aio te mihi dare oportere,* dans laquelle, et avec raison, on a voulu trouver la formule de l'action personnelle. Dans la procédure formulaire, la formule est conçue ainsi : *(si paret) N. N. Ao. Ao. dare oportere.* Les actes *formels* auxquels cette formule pouvait correspondre ne pouvaient être que la *sponsio* et le contrat littéral. Mais il n'y avait aucune corrélation entre les termes, car on ne voudra pas en voir une dans les mots : *dare Stichum* qui se représentent dans la stipulation comme dans la formule. Le mot caractéristique : *oportere* manque. La correspondance était ici, si je puis m'exprimer ainsi, plus idéale, plus fine, elle se trouvait dans l'antithèse de la forme *in rem* ou *in personam*, donnée à l'action.

---

probablement son origine du rite religieux, ou du moins y a trouvé sa plus ancienne application.

(452) L. 20 de S. P. R. (8-3) *Si (con)cesseris... uti frui eo jus esse, deinde ego (con)cessero, jus mihi uti frui non esse.*

La propriété, comme droit absolu, porte en elle une forme absolue aussi bien dans sa constitution que dans son exercice, l'obligation, dans l'un comme dans l'autre cas, ne comporte qu'une forme relative ([453]).

3. *Correspondance entre l'action et le jugement.*

L'action de la procédure ancienne est pour ainsi dire un projet de jugement soumis au juge, elle doit donc être conçue entièrement comme doit et peut être conçu le jugement ([454]). Il en résulte que le demandeur doit être débouté lorsqu'en un point quelconque, si minime qu'il soit, son projet s'écarte du jugement que le juge, examen fait de la cause, aurait libellé lui-même. Cette considération nous indique d'emblée l'effet de la *plus petitio* dans la procédure romaine. Il fallait en outre

([453]) La remarque judicieuse de LIEBE, *Die Stipulation*, (1840), p. 13, sur la concordance extérieure de la déclaration propre de la partie avec le *judicium*, est fondée dans ces limites. Le *dari oportere* devait exister d'une manière non équivoque et en quelque sorte perceptible au moyen des sens. Tel était le cas lorsque l'on trouvait la *conceptio verborum* suivante : *dari spondes? spondeo* (ibid. p. 14). Cette correspondance de la rédaction de la stipulation et de l'*intentio* de la formule est également mise en relief par GAIUS, sauf qu'il retourne le rapport ci-dessus. IV, 53 : *itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet*. La même idée qui a été émise par LIEBE a été appliquée par KRETSCHMAR, *Die natur des Prälegats nach römischem Recht*, Leipzig, 1878, § 18, pour les formes du legs.

([454]) V. aussi T. IV, § 60. Le même principe est également en vigueur pour l'acte d'accusation en Angleterre et en Ecosse; il formule d'avance le verdict du jury, c'est-à-dire il tend à déclarer l'accusé coupable ou non coupable. Il est donc conçu *in jus* de même que l'*intentio certa* romaine tendait à : *rem ejus, jus ei esse, centum dare oportere*. En France aussi on adopta cette forme, l'art. 237 du code d'inst. crim. la prescrivait même mot à mot : l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, etc.? V. sur ce point GLASER, *Die Fragstellung im Schwurgerichtsverfahren*, Vienne, 1863.

que l'action fût déterminée sous toutes ses faces *(formula certa),* qu'elle indiquât donc le montant de la dette, sans qu'il fût permis de laisser ce point indécis et de l'abandonner à l'appréciation du juge, comme le permit plus tard la *formula incerta* du droit nouveau. Plus loin ([455]), nous indiquerons comment cette forme étroite de l'action a pu suffire au droit ancien, et nous ferons connaître les restrictions essentielles que le droit nouveau fit subir au principe ci-dessus énoncé *(intentio incerta* et *formula in factum concepta).*

4. *Correspondance entre la legis actio et les termes de la loi.*

C'est ici l'application la plus importante de notre principe. Bien des fois déjà nous avons eu occasion de parler des diverses *legis actiones*, (t. I, p. 152-164, p. 300 et s. et ci-dessus, p. 85), mais nous n'en avons pas encore présenté une théorie générale. C'est le moment de le faire, car nous sommes arrivés à une considération capitale en cette matière : la correspondance de la *legis actio* avec les termes de la loi.

Caractéristique générale des actions de loi. — Loi de correspondance de la forme. — Méthode de citation. — Extension de la *legis actio*. — Valeur pratique et importance historique des *legis actiones*.

Ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Gaius, IV, 11.

56. Lisons d'abord le texte de Gaius ([456]). Les actions, dit-il,

---

([455]) V. sur ce point T. IV, § 62 (l'*actio furti* ne tend pas au *dare* d'une somme déterminée, mais à : *pro fure damnum decidere oportere),* et ibid : (Actions préjudicielles pour le montant de la contre prétention).

([456]) Gaius, IV, 11, 30.

qui étaient autrefois en usage, s'appelaient actions de la loi ([457]). Ce nom leur venait, soit de ce que les actions ([458]) étaient alors les créations exclusives de la loi, puisqu'à cette époque les édits des Préteurs qui introduisirent beaucoup d'actions, n'étaient pas encore en usage, soit de ce que les formules des actions étaient accommodées aux termes des lois elles-mêmes ([459]). (Cette dernière explication est la seule vraie, nous le verrons dans la suite.) Les lois étaient immuables, telles aussi étaient

---

([457]) Les expressions : *actio, agere* n'étaient pas à l'origine principalement employées en matière de procédure, car les formulaires d'actes s'appelaient aussi *actiones*, (T. II, p. 294). — Elles n'avaient pas non plus le sens d'*agir* en opposition avec : *parler*. VARRO de ling. lat. (MÜLLER), VI, § 42... *et cum pronuntiamus, agimus. Itaque ab eo orator* AGERE CAUSAM *et augures* AUGURIUM AGERE *dicuntur, quum in eo plura dicant, quam facient*. V. aussi § 77, 78, ibid.

([458]) C'est-à-dire les droits matériels et non les formules (ainsi que l'entend KELLER, *Röm. Civilproc.* § 12). Les anciennes lois n'avaient pas établi de formules d'actions. On a voulu établir le contraire comme vérité générale, tandis que la preuve n'en est pas fournie pour un seul cas. Il est dit au contraire : EX *his legibus actiones* COMPOSITAE *sunt*. L. 2, § 6 de orig. jur (1-2).

([459]) Une troisième application, en contradiction avec celle de GAIUS, est donnée par SCHMIDT de orig. leg. act. Frib. 1857, p. 6. Elle n'est guères plus exacte que l'idée qui l'a suggérée. (V. plus loin) *Lex* d'après SCHMIDT signifierait *sentence;* les *legis actiones* seraient donc les *actiones formulis dicendis peragendae*. Sans compter que *lex* n'eut jamais cette signification (l'ancienne expression est *carmen*), cette explication néglige précisément le côté caractéristique et frappant de ces expressions, pour le remplacer par un sens dans lequel elles pouvaient s'appliquer tout aussi bien à tous les formulaires et à toutes les formules possibles. Pourquoi, en effet, ne rencontre-t-on jamais l'expression *legis actiones* appliquée à ces dernières? Les formules aussi ont pour dernier résultat une sentence; elles aussi sont appelées *actiones* (v. note 457). Les mots *lege agere* s'appliquent même au licteur (par exemple TITE-LIVE, XXVI, 16, *Lictor... adde virgas et in eum primum* LEGE AGE), mais ils ne sauraient s'appliquer à une sentence.

ces formules. Un demandeur qui avait intenté une action du chef de vignes coupées et qui s'était servi à cette occasion du mot *vitibus* au lieu du mot *arboribus* qui était employé par la loi des XII tables, perdit son procès. Ce fut précisément cette rigueur d'après laquelle la moindre erreur entraînait le perte de tout un procès qui finit par rendre odieuse cette forme de procédure et conduisit à l'introduction d'une forme nouvelle : la procédure formulaire.

Ainsi s'exprime GAIUS. Il en résulte que la première loi de la forme des actions de loi était la correspondance de la formule avec les termes de la loi appliquée par elle ([460]), et nous ne devons pas nous étonner de voir ce même jurisconsulte, dans un autre passage, considérer comme une véritable singularité une dérogation à cette loi ([461]). Rien de plus simple dès lors, semble-t-il, que de juger de l'exactitude du renseignement en comparant les termes des lois et des formules parvenues jusqu'à nous. Malheureusement, dans la plupart des cas où les termes de la lois nous ont été conservés, les formules nous font défaut, et dans ceux où nous possédons les textes des formules, ce sont ceux de la loi qui manquent. La comparaison des fragments de la loi des XII tables peut cependant nous fournir de précieux renseignements. Bien que peu nombreux, ils présentent néanmoins un double avantage au point de vue de l'étude de la théorie des actions de la loi. Examinons ici le premier, nous nous occuperons de l'autre plus tard.

Il paraîtrait naturel au premier abord, que les anciens juris-

---

([460]) Cette concordance s'étendait même aux *noms* des actions, par exemple, *act. de tigno juncto, membro rupto, glande legenda, arborum furtim caesarum*. Du nom de l'action nous sommes donc autorisés à conclure aux termes employés dans la loi, ainsi, par exemple, l'*actio aquae pluviae* ARCENDAE.

([461]) GAIUS, IV, 24.... *nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae* PRO JUDICATO *verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.*

tes se fussent servis, dans les formules des actes juridiques, des termes au moyen desquels la loi les désignait, ainsi qu'ils le faisaient pour la construction des formules des actions de la loi. Il n'en était rien cependant. L'imitation de la loi était restreinte aux formules des actions, et ce fait est de la plus grande importance pour l'intelligence exacte de la véritable nature des actions de la loi. Parmi les actes pour lesquels les termes correspondants de la loi des XII tables nous ont été conservés, figurent particulièrement la mancipation, la vente du fils de famille, le testament. Si les juristes l'avaient *voulu,* il aurait pu facilement introduire dans la formule les termes décisifs *(mancipium facere — filium venundare — legare super pecunia tutelave suae rei).* Leur omission à cet égard ne peut être attribuée au hasard; il faut qu'à leurs yeux l'idée de la correspondance de la formule avec la loi, ait été intimement et exclusivement liée aux actes de *procédure.*

Si nous parvenons à définir exactement la nature particulière de la forme des actions de la loi elles-mêmes, nous saurons à peu près d'une manière complète, en quoi consistait ce rapport. Un seul mot nous donnera cette définition : les actions de la loi contenaient une forme particulière de la *méthode de citation de la loi.* Toute *legis actio* citait la loi qu'elle voulait appliquer, non pas dans la forme aride et abstraite de l'époque moderne, par un simple renvoi au paragraphe ou à l'article de la loi, ni même dans la forme plus large d'une citation des termes correspondants, mais dans une forme plus intime et plus plastique ([462]). *La formule même était la citation*, elle ren-

([462]) On la retrouve jusqu'à un certain point dans la procédure anglaise (note 484). Je puise dans GUNDERMANN, *Englisches Privatrecht,* I, p. 31, ce passage instructif de BRACTON : *Et sunt quaedam* BREVIA *formata super certis casibus de cursu et* COMMUNI CONSILIO TOTIUS REGNI *concessa et* APPROBATA, *quae quidem* NULLATENUS MUTARI *poterint absque consensu et voluntate eorum... Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum et* NON POTEST QUIS SINE BREVI AGERE, *cum non teneatur alius sine brevi*

voyait à la loi sans la nommer, elle y renvoyait *par elle même*, par sa forme et sa substance; elle était, pour ainsi dire, l'incarnation judiciaire de la loi, la loi elle-même ayant pris une forme et une vie concrètes et entrant en lice contre son violateur *(actio legis)*.

Revenons maintenant à la question ci-dessus : Pourquoi ne citait-on la loi que dans l'action, et ne l'invoquait-on pas aussi dans l'acte juridique ? La réponse ne peut être difficile. Certes la loi est la base commune de l'une aussi bien que de l'autre, mais il n'y avait pas une égale nécessité dans les deux cas à se rapporter à cette base. Dans une disposition de contrat ou de testament, par exemple, un renvoi aux paragraphes de la loi, n'eût présenté aucun sens. Si la disposition devenait l'objet d'une contestation, ce renvoi pouvait toujours encore se faire devant le juge. Dans un procès au contraire, où il s'agit de l'établissement final du rapport juridique et de l'application de la loi, il n'y a souvent pas moyen, même aujourd'hui, d'éviter de se rapporter à la loi, dans les écrits des parties aussi bien que dans les décisions judiciaires, le procédé est donc aussi

---

respondere. D'après DE LOLME, *Verfassung von England*, (Altona, 1819), il y avait autrefois en Angleterre un dépôt des formules, semblable à celui qui exista à Rome chez le collége des Pontifes : Ces *Writs* précieux, les brefs (extraits, *brevia)* comme on les appelait surtout, actions dont la forme et la direction étaient exactement déterminées, élixir et quintessence du droit, sont confiés à des employés expressément institués dans ce but et dont les fonctions ont conservé les noms des divers ustensiles qu'ils employaient pour conserver le gage qui leur était confié. L'une s'appelle la fonction de la corbeille *(Janaperium)* l'autre l'étroit *(Petty)*, le petit *(Parva baga* = Petit sac, bourse). Là se conservent les *Writs* qui concernent les intérêts, soit du Roi, soit des sujets. Cela est changé aujourd'hui v. GNEIST, *Das heut. engl. Verf. und Verwaltungsrecht*, T. I, p. 522, qui s'écarte du reste de nous sur ce point. Dans la procédure criminelle française il faut aussi que les questions adressées au jury soient conçues dans les termes de la loi. GLASER, v. l'ouvrage cité à la note 454, p. 36, 38.

rationnel en procédure qu'il est sans but dans les actes juridiques.

Maintes législations ont érigé cet usage en loi; ainsi le fit le droit romain antique par rapport à l'action civile; ainsi le fit aussi le droit criminel romain nouveau pour les *leges judiciorum publicorum* (463), ainsi l'ont établi maintes législations modernes pour les actes d'accusation et les jugements. La citation est ainsi déclarée une *condition formelle* de l'acte de procédure. Elle est en apparence une formalité extérieure de peu d'intérêt, mais en réalité, comme j'espère le démontrer, elle constitue une mesure de la plus haute portée.

Le but évident est de lier sévérement le juge à la règle de la loi. La notion même de la loi le comporte, il est vrai; mais il est incontestable que la mesure édictée favorise largement ce but: elle force le juge à être clair, elle lui impose, mécaniquement jusqu'à un certain point, l'impartialité. Qu'arrivera-t-il cependant si la loi présente des lacunes? La logique de l'institution commande au juge de s'abstenir dans ce cas, et nous verrons que le droit romain ancien (comme le droit anglais ancien, note 462), eut le courage d'accepter cette conséquence et de s'y plier.

Toute cette organisation, dans la procédure romaine ancienne, ne reposait point sur une disposition légale; elle était un fait du droit coutumier. Rien n'empêche cependant d'admettre qu'elle tendait à atteindre le but ci-dessus. C'était précisément ce continuel souci de la légalité, qui d'après les traditions des Romains eux-mêmes, régna jusqu'au temps où naquirent les actions de la loi, et qui enfanta la loi des XII tables (464). La jurisprudence, en érigeant au moyen de la *legis*

(463) A. W. ZUMPF. *Der Kriminalprocess der Römischen Republik.* Leipzig, 1871, p. 115.

(464) L. 2, § 4 de orig. jur. (1-2) comp. avec § 3 ibid.: *incerto magis jure et consuetudine, quam per legem latam — postea ne diutius hoc fieret... et civitas fundaretur* LEGIBUS.

actio, l'invocation de la loi en condition formelle de l'action, ne fit en cela qu'obéir à la tendance qui dominait toute l'époque; elle complèta et fixa ce que la loi des XII tables avait commencé ([165]).

Si ce qui précède est exact, il en résulte à toute évidence, que cette condition s'étendait à toutes et chacunes des actions, sans se restreindre aux cinq formes fondamentales nommées par Gaius (Modi, *quibus lege agebatur)*, en d'autres termes que la recevabilité judiciaire d'une demande supposait sa reconnaissance dans la loi. Ainsi donc, lorsque Gaius fait observer que la *legis actio sacramento* était une action générale ([166]), dont on pouvait se servir pour tous les cas non exceptés par la loi, cette applicabilité générale ne doit s'entendre que de la forme de la procédure. Pure enveloppe de procédure, elle supposait dans chaque cas particulier, comme les quatre autres formes, une demande matérielle reconnue par la loi, donc une *legis actio* spéciale. Nous en trouvons un exemple dans le cas cité ci-dessus (p. 314) de l'*actio de arboribus succisis*. Tout le système des actions de loi se résolvait ainsi, indépendamment de ces cinq formes fondamentales, en une foule d'actions particulières que le juge était chargé d'appliquer à des cas individuellement déterminés. Là se bornait tout son pouvoir. Celui qui aurait voulu intenter une action autre que celles reconnues par la loi, se serait vu débouter de sa demande. *Nulla actio sine lege.*

S'il en était ainsi le nombre des *legis actiones* doit avoir été considérable; c'est ce qu'attestent une foule de renseignements qui témoignent en même temps de l'exactitude de ce que nous venons de dire. Si les formules s'étaient bornées aux cinq *legis actiones* de Gaius, comment admettre l'existence de recueils

---

([165]) L. 2, § 6, ibid. *quas actiones, ne populus prout vellet institueret* CERTAS *solennesque voluerunt.*

([166]) Gaius, IV. 13.

tels que ceux dont nous avons parlé ci-dessus (p. 281)? Comment admettre à côté de cela la vérité de ce renseignement (p. 80 s.) que le collége des Pontifes était le dépositaire de ces formulaires et tenait ainsi le peuple sous sa dépendance ? Comment ajouter foi aux paroles de CICERON, lorsqu'il dit que ces formules initient aux coutumes et à la manière de vivre des anciens Romains? ([467]) Comment concevoir le caractère dangereux attribué par GAIUS à l'ancienne procédure ? Impossibilités que tout cela, s'il ne s'était agi que des quelques formules concernant les cinq actions signalées par GAIUS.

Le nombre des *legis actiones* correspondait au nombre des lois, ou plutôt à celui des divers articles de la loi qui créaient des droits différents ([468]). A chaque disposition de la loi des XII tables qui s'y prêtait, se rapportait une *legis actio* spéciale. Pour faire une étude complète d'une loi il fallait non-seulement l'interpréter, mais encore indiquer les formules des actions qu'elle donnait; et, en effet, le plus ancien écrit juridique dont nous ayons connaissance, le commentaire de la loi des XII tables par AELIUS, était conçu de cette manière ([469]).

Nous n'avons encore parlé que de l'introduction de l'action. Mais, sans aucun doute, la procédure ultérieure, tout en laissant la place nécessaire au libre débat (p. 268) a dû conduire à l'usage des formules, par exemple, dans la nomination du juge,

([467]) CIC. de orat. I, 43.

([468]) L. 2, § 6 de orig. jur. (1-2) *ex his legibus... actiones compositae sunt.*

([469]) La *tripartita* d'AELIUS (L. 2, § 38 de or. jur.); on a en fait un ouvrage en trois volumes, dans le premier desquels l'auteur aurait transcrit la loi des XII tables toute entière. Mais *tripartitum* ne veut pas dire ici, qui a trois parties, mais qui comprend trois éléments constitutifs comme dans le § 4, I. de jure nat. (1-1), c'est-à-dire à chaque article de la loi est rattachée l'*interpretatio* et la *legis actio*. Les trois éléments sont nommés dans la L. 2, § ibid. *(tria haec jura).* — V. RUDORFF, *Röm. Rechtsgeschichte,* T. I, p. 158.

du *vindex,* dans le jugement (note 399). En dehors même du procès, il y avait lieu à une large application de la *legis actio.* Je n'entends point parler de la juridiction volontaire *(in jure cessio),* où l'on ne retrouve cependant qu'une application des formules de la procédure, mais ce que j'ai en vue, ce sont les actions solennelles, extrajudiciaires, qui tantôt complétaient, préparaient, accompagnaient le débat judiciaire, et tantôt en tenaient lieu.

Bien des historiens sont dans l'erreur à ce sujet, faute d'avoir exactement interprété un passage de GAIUS ([470]). Il résulte de ce texte, d'abord, qu'il n'était nullement essentiel à la *legis actio* de se produire toujours en justice. Quelques juristes romains, il est vrai, mais peu nombreux, (trompés peut-être par la signification du mot *actio* dans la procédure du droit nouveau) admettaient cette nécessité; ils refusaient en conséquence de voir une *legis actio* dans la *pignoris capio ;* mais l'opinion contraire prévalait ([471]). Cette dernière définissait la *legis actio :* 1° un acte reconnu par la loi, 2° accompli à l'aide des termes de la loi, 3° dans le but de poursuivre un droit. Or, nous verrons que cette définition embrasse et la *pignoris capio* et une foule d'autres actes.

Mais de ce que GAIUS établissait entre la *pignoris capio,* et les autres *legis actiones* (c'est-à-dire les quatre dont il vient de parler) cette opposition que les dernières ne pouvaient être introduites que devant le Préteur, tandis que la première pou-

([470]) GAIUS, IV, 29. *Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem esse, quibusdam autem non placebat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur i. e. non apud Praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud Praetorem praesente adversario, praeterea nefasto quoque die i. e. quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.*

([471]) Les deux opinions avaient chacune une part de vérité. V. sur ce point T. I, p. 160 s.

vait s'exercer en l'absence du Préteur, on a fait découler la conclusion que dans ces autres actions de la loi, *tout* devait se passer devant le Préteur. Or, cette conclusion est radicalement fausse, quelque répandue que soit l'opinion qui l'admet. La *manus injectio,* la résistance qui y était opposée *(manum sibi depellere),* l'*in jus vocatio,* et plus tard, le combat simulé dans la revendication de choses immobilières, avaient indubitablement lieu hors de la salle d'audience : et qu'il y eût encore beaucoup d'autres actes extrajudiciaires de ce genre, le doute n'est pas possible à cet égard. GAIUS aurait versé dans une erreur capitale s'il avait voulu appliquer aux actes de procédure isolés la règle (IV, 29), que toutes les *legis actiones,* à l'exception de la *pign. capio,* avaient lieu devant le Préteur; cette règle régissait uniquement les formes fondamentales de la procédure : *modi quibus lege agebatur.* (GAIUS, IV, 12). Elle était vraie pour quatre d'entr'elles, dans lesquelles la demande s'agitait devant le Préteur, bien que cette demande pût aussi être précédée d'actes extrajudiciaires préparatoires *(in jus vocatio, manus injectio, condictio.* v. plus bas); mais ce n'était que devant le Préteur que la demande devenait pendante. La *pign. capio* au contraire ne portait pas la demande devant la justice, et *cette* circonstance, et non point celle qu'un acte isolé se faisait ici extrajudiciairement, établissait sa différence avec les quatre autres modes de procédure. Mais si la *pignoris capio* ne constituait qu'un acte extrajudiciaire de justice privée, pourquoi la rangeait-on parmi les modes de procédure ? On aurait pu y faire figurer au même titre le meurtre du voleur nocturne, car ce fait contenait aussi un *lege agere* (note 457). Cette objection a été déjà résolue, (T, I, § 14). La *pignoris capio* pouvait donner naissance à un procès, par exemple, lorsque le débiteur s'opposait à la saisie; alors se déroulait une procédure particulière portant sur la légitimité de cette opposition. C'est *cette procédure,* et non l'*acte* isolé qui y donnait lieu, que considéraient les juristes qui rangeaient la *legis actio per pign. cap.* parmi les modes de procédure. Les défenseurs de l'opinion contraire, eux, envisageaient, non

point que cet *acte* était seul un acte extrajudiciaire, mais que l'affaire toute entière pouvait suivre un cours extrajudiciaire, ce qui arrivait lorsque le saisi se soumettait et rachetait la chose. De ce qui précède, nous pouvons conclure que la condition indiquée pour la procédure des actions de loi (Gaius, IV, 29): *apud praetorem praesente adversario,* se rapportait uniquement à l'introduction de l'action, et non à tous les actes isolés qui la précédaient ou l'accompagnaient. La procédure française réclame également des actes extrajudiciaires; qui verrait là un obstacle à l'appeler un mode de procéder en justice?

Nous ne nous attarderons pas pour le moment à rechercher si les actes extrajudiciaires de la procédure des actions de loi étaient appelés *legis actiones;* qu'il nous suffise de constater, *d'abord :* que de pareils actes existaient, et *ensuite :* que le principe de la correspondance entre la formule et la loi, criterium essentiel de la notion de la *legis actio* y recevait également son application.

Nous pouvons distinguer trois espèces d'actes extrajudiciaires de ce genre : les uns tenaient lieu du procès lui-même, les autres trouvaient leur place à l'issue du procès; ceux de la troisième espèce se produisaient au cours du litige.

Le *pignoris capio,* dont il vient d'être question, appartenait à la première catégorie, lorsqu'elle ne conduisait pas à une procédure ultérieure. Nous rangerons dans la seconde catégorie 1° l'*in jus vocatio,* 2° la *manus injectio* qui s'y rattachait, en cas de résistance de l'adversaire, et 3° la *condictio* dans la *legis actio per condictionem.*

Le premier acte, on le sait déjà, était extrajudiciaire : il se faisait conformément aux termes de la loi, ainsi que le prouve sa formule. Si in jus vocat (472), disait la loi des XII tables; in jus te voco (473), disait la formule. Dans la loi suivait le

(472) V. Dirksen, *Uebersicht.... der Zwölftafel-Fragmente.* Taf. I.

(473) Plautus, Poen. V, 6, 6 : *Leno in jus te voco.* On rencontre encore

passage : *ni it*, ANTESTATOR, expression qui se reproduisait dans la question adressée aux témoins : *licet* ANTESTARI ?

L'adversaire se refusait-il à suivre, la loi comminait la MANUS INJECTIO : *si calvitur pedemve struit*, *manum* ENDO JACITO; *(injicio).* ([474]). Ce dernier acte se représentait au surplus dans diverses autres applications (T. I, p. 153 s.), particulièrement en vue de l'exécution ([475]). Il est fort important pour le point qui nous occupe, que la loi mentionne encore spécialement cet acte en cette circonstance, et le qualifie de *manus injectio*, dont la comparution en justice est la suite naturelle. Un auteur récent ([476]) s'est efforcé de maintenir la fausse interprétation du texte de GAIUS, que nous avons indiquée plus haut (p. 320) en allant jusqu'à dénier à la *manus injectio* le caractère d'acte extrajudiciaire; il a même vivement critiqué l'opinion contraire que j'ai établie au T. I, p. 154. D'après lui ([477]), la *manus injectio* ne pouvait absolument se produire qu'en justice. Si le débiteur ne voulait pas suivre, il ne restait plus qu'à employer la violence, la loi n'y mettait aucun obstacle, au contraire elle autorisait expressément à : *manum injicere.* Mais, dit-on, cet acte n'est pas une *véritable legis actio*, puisque celle-ci doit,

---

diverses formules d'*in jus vocatio* dans les poëtes, par exemple, *ambula in jus, eamus in jus,* etc. BRISSON, V, 1. Ce qui est singulier c'est que cet auteur considère ces dernières comme exactes, et taxe d'inexactitude la formule de PLAUTE. BETHMANN HOLLWEG, *Röm. Civilprocess,* I, p. 105, réclame la preuve de ce que j'avance. Je ne saurais prouver, il est vrai, que l'*in jus vocatio* ait reçu le *nom* de *legis actio,* mais la formule ci-dessus de PLAUTE correspond littéralement à la loi.

([474]) V. GAIUS, IV, 24. MANUS au lieu de MANUM *injicio,* dans le § 21, est donc inexact, ainsi que le constate la comparaison de STUDEMUND. Il n'y a jamais qu'une seule main, la droite, qui accomplit les actes juridiques.

([475]) Table III, *post deinde manus injectio esto ; in jus ducito, ni judicatum facit aut quips endo em jure vindicit, secum ducito.*

([476]) SCHMIDT d'Ilmenau dans l'ouvrage cité à la note 459.

([477]) *Zeitsch. für gesch. Rechtswiss.,* XIV, p. 21 et s.

d'après Gaius, être accomplie en justice. Je réponds que dans le passage de la loi des XII tables (V. note 475), la *manus injectio* est mentionnée avant : *in jus ducito,* elle doit donc, *dans le sens de la loi,* être une *manus injectio;* j'estime du reste que lorsqu'il s'élève, relativement à la loi des XII tables, une contradiction entre celle-ci et Gaius, c'est bien le texte de la loi qui doit prévaloir. L'auteur en question, écartant la *manus injectio* des décemvirs, et se refusant à lui reconnaître ce caractère, trouve la véritable *manus injectio* indiquée dans un passage où l'on ne s'attendrait guères à la rencontrer. « Elle est désignée, dit-il, par les mots *in jus ducito... secum ducito,* sans qu'elle soit expressément nommée. » On se trouverait ainsi en présence d'une *legis actio,* c'est-à-dire, d'après Gaius, d'une *actio ipsarum legum verbis accommodata,* où les *verba legis*, feraient complètement défaut, qui manquerait même de la plus légère indication dans la loi ! Bien plus des *verba legis* existeraient; mieux encore, l'acte serait désigné par la loi comme *manus injectio*, et la *legis actio* manquerait ! Laissons ce système à son auteur, et tenons-nous en à la *legis actio* des décemvirs et à celle consacrée par les autres autorités (478).

Une idée heureuse de Keller, nous fournit encore le moyen de combattre le système du même auteur (479). Keller estime que dans la *legis actio per condictionem*, l'avis *(condictio)* donné

---

(478) Par exemple Tite-Live, III, 44, dont cet auteur repousse également le témoignage. Il aurait sans doute écarté de la même manière, s'il l'avait connu, le passage de Servius ad Virg. X, 419 : *manus injectio dicitur, quotiens* NULLA JUDICIS AUCTORITATE EXSPECTATA *rem nobis debitam vindicamus.*

(479) Keller, *Der römische Civilproc.,* § 18. Schmidt, *l. c.,* p. 2. V. aussi contre l'opinion de Keller : Bethmann Hollweg, *l. c.,* p. 152, Demelius, *Krit. Zeitsch.,* VIII, p. 508 s. Huschke, *Die multa und das Sacramentum,* p. 490, note 379 ; aucun de ces auteurs n'a touché le côté décisif de la question, à savoir : si la condition de se produire en justice s'étendait à tous les actes isolés.

par le demandeur au défendeur de se trouver après un délai de trente jours devant la justice pour choisir un juge, était un acte extrajudiciaire. Dans la procédure *per sacramentum,* depuis la *lex Pinaria,* le *judicium* n'était pas lié entre parties dès la première phase; une sommation décernée à l'adversaire lui enjoignant de se représenter après trente jours pour engager le débat terminait cette phase. L'introduction de la dite *legis actio* évita aux parties la fatigue de cette première comparution en justice, en la remplaçant par une dénonciation extrajudiciaire (480); et pour se convaincre de la valeur pratique de cette innovation, il n'y a qu'à se représenter le cas où les parties se trouvaient éloignées de Rome de plusieurs journées de voyage. D'après SCHMIDT elles auraient dû accomplir ce voyage à Rome dans le but unique de permettre au demandeur de faire de cette dénonciation une *véritable legis actio* c'est-à-dire de la faire en justice, pour, après avoir prononcé quelques mots, s'en retourner aussitôt et revenir ensuite après trente jours pour traiter en réalité de la cause! D'après KELLER, les parties n'avaient pas besoin de se déplacer et pouvaient se contenter d'une *condictio* extrajudiciaire.

GAIUS pouvait donc à tout aussi bon droit désigner comme judiciaire, une procédure introduite de cette manière, que la *legis actio sacramento* et *per manus injectionem.* Celles-ci s'engageaient également par un acte extrajudiciaire, la première par l'*in jus vocatio*, la seconde par la *manus injectio* extrajudiciaire. Nous ne parlons pas de la *pignoris capio;* à cet égard il y a contestation.

(480) Ce fut une simplification analogue à celle que l'on introduisit plus tard dans les *vindiciae.* L'objection de SCHMIDT, que GAIUS, IV, 18, n'a pas ajouté après *adesset, in jure,* se réfute aisément; *d'abord* GAIUS ne rapporte pas ici la formule de la *condictio,* et *ensuite* un homme raisonnable ne pouvait guères aller ailleurs que devant le Préteur : AD JUDICEM CAPIENDUM.

Dans le cours même du procès il y avait encore place pour des actes extrajudiciaires, ainsi que le prouve la *manuum consertio* dans sa forme ultérieure (p. 257). Ici encore se reproduit la correspondance entre les termes de la loi et ceux de la formule. La loi disait : *si qui* IN JURE MANUM CONSERUNT ; la formule s'exprimait de même : *in jure manum* ([481]) *consertum te voco,* en conservant l'ordre des mots. Lorsque l'acte devint extrajudiciaire, on changea *in jure* en *ex jure* (note 352).

Maintenant qu'importe que ces actes extrajudiciaires aient ou n'aient pas porté le nom de *legis actiones ?* C'étaient, au fond, bien véritablement des actions de loi, c'est-à-dire des actes poursuivant un droit, obéissant à la loi, en parfaite concordance avec elle : pour deux d'entre eux, la *pignoris capio* et la *manus injectio*, il n'y a pas même de doute quant au nom. Ce nom, ainsi que nous l'avons prouvé, n'était pas le privilége des cinq actions fondamentales, il s'appliquait également aux différentes actions spéciales, et l'on peut certes admettre que ce même nom s'appliquait tout aussi bien aux divers actes solennels de la procédure ancienne, sans distinguer s'ils étaient accomplis devant le Préteur ou hors de sa présence ([482]).

Nulla actio sina lege : l'observation rigoureuse de ce principe renfermait, à l'époque ancienne, la protection du droit dans des bornes étroites. Ne nous étonnons donc pas si l'esprit de l'époque postérieure, le développement des relations, le raffinement du sentiment juridique ont fini par ébranler une institution qui, dans une foule de cas, abandonnait le droit sans protection et

([481]) *Manu consertum* dans CICERON, pro Mur., c. 12, est faux comme contraire au principe de la *legis actio.*

([482]) VARRON de L. L. VI, 30, *necesse enim aliquo eorum uti verbo, (do, dico, addico) cum lege quid peragitur.* Ce passage ne peut être objecté ; V. GAIUS, IV, 29 ; on peut plutôt invoquer en *notre* faveur que VALERIUS PROBUS de notis § 4, sous le titre de : IN LEGIS ACTIONIBUS *haec* cite des titres d'actes de procédure isolés, par exemple, *ex jure manum consertum vocare.*

condamnait le magistrat au rôle d'un rouage sans force et sans volonté, d'une inflexible machine de procédure. Ce n'est point cependant, l'attachement rigide à la loi, ce vice particulier à la procédure des actions de la loi, ce n'est point sa résistance à toutes autres influences qui, d'après GAIUS ont effectué sa chute. La cause de cette chute, à l'en croire, ne serait autre que l'observation sévère de la forme ([483]). L'exactitude de cette appréciation n'a jamais, que je sache, été contestée, et cependant je ne puis m'empêcher de la mettre en doute. Il me parait que GAIUS s'est trop inspiré des idées de son époque.

Aujourd'hui, comme anciennement à Rome, il est de l'essence même de la forme que la moindre déviation engendre un vice de forme, et par suite une nullité (p. 160). Alors, remplacer le mot *arboribus* par celui de *vitibus* avait le même effet que si aujourd'hui, dans la formule du serment, on remplaçait les mots : *je jure*, par d'autres. Ce que GAIUS reproche à la *legis actio : ut qui* VEL MINIMUM *errasset, litem perderet*, s'applique, *mutatis mutandis*, à tout acte formel. Le formalisme ignore la différence entre les fautes très légères, les fautes légères, et les fautes lourdes. Si nous admettons que la *legis actio*, d'après sa destination, consistait en une citation particulière, juridiquement nécessaire, des termes de la loi, la nécessité d'une exactitude littérale dans la citation (c'est-à-dire la reproduction littérale de la formule) ne peut plus nous paraître une rigueur excessive. Nous en exigeons tout autant, aujourd'hui, de quiconque nous cite un article de loi ([484]).

([483]) GAIUS, IV, 30. *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut qui vel minimum errasset, litem perderet.*

([484]) Pour ceux qui seraient tentés de tenir cette rigueur comme quelque chose de spécifiquement romain, je citerai un exemple tiré du droit anglais qui égale celui de GAIUS (IV, 11), si même il n'est plus fort encore. Un acte du parlement défend de débiter des spiritueux le *Lordsday* ou Dimanche. Un contrevenant fut acquitté, il y a quelques années, unique-

Il ne peut davantage nous paraître singulier qu'une omission dût entraîner la perte du procès. Pour rémédier à une omission commise dans un acte juridique, il n'y a qu'à recommencer cet acte. Il est probable qu'à Rome ce remède existait aussi pour les *legis actiones* extrajudiciaires purement préparatoires, par exemple pour l'*in jus vocatio*. Mais il n'était plus applicable à l'acte qui formait la base de toute la procédure, à la *legis actio* matérielle du demandeur. Cela ne présente rien d'insolite, c'est la nature même de la procédure qui le veut ainsi. Une partie qui, dans la procédure actuelle, a laissé passer en force de chose jugée un interlocutoire qui lui inflige grief, peut, aussi bien qu'à Rome ancienne, perdre son procès grâce à un seul petit mot. La force dangereuse du mot est restée la même, elle

ment pour ce motif que la dénonciation ou bill d'accusation l'avait accusé d'en avoir débité le *Sunday* (Dimanche). — L'action ne correspondait pas avec la loi ! D'après un ancien acte du parlement, les fautes d'ortographe elles-mêmes entraînaient la nullité du jugement. On trouve des preuves encore plus piquantes de cette *nimia subtilitas* dans la procédure allemande et française ancienne. Je renvoie à cet égard aux ouvrages de Siegel et Brunner cités à la note 194, par exemple, dans le premier, p. 12 : « Un bégaiement, un balbutiement qui faisait omettre quelques » syllabes, un tremblement de la voix, une intonation creuse ou étouffée, » voire une interruption pour tousser ou cracher rendaient la déclaration » nulle. » p. 27 : « Un mouvement involontaire, une démarche inconsidérée, » un simple pas, donnaient la possibilité de quereller le jugement. p. 30 : » Celui qui en prétant serment levait la main plus haut qu'il ne fallait ou » qui ne tenait pas le pouce bien serré dans la main, perdait son procès. » p. 44 : (Prononciation inexacte de la diphtongue *eu* comme *ay*.) V. surtout le jugement de l'auteur sur ces formalités, qui paraissent avoir été imaginées pour mener sûrement à sa perte l'homme qui agissait en justice, tellement leur charpente était subtile et artificieuse et leur exécution difficile. L'autre ouvrage ne le cède pas à celui-ci en exemples pleins d'intérêt, et il n'y a que le manque de place qui me retienne d'y puiser également des preuves.

n'a fait que se transporter dans un autre acte de procédure (V. plus loin).

La *nimia subtilitas* des anciens juristes, qui, d'après Gaius, a rendu odieuse l'ancienne procédure et l'a fait crouler, ne peut donc avoir réellement produit cet effet. Elle s'est maintenue tout aussi vivace dans le fond du droit, elle s'est déployée dans des parties isolées, par exemple, dans les testaments, aussi acérée que dans la procédure ancienne, et n'a pas tardé même à se reproduire, mais sous une forme nouvelle, dans la procédure. L'élément formaliste se montre dans la procédure formulaire avec la même puissance que dans la procédure ancienne. Partout, à chaque action sa formule; partout, la perte du procès comme conséquence inévitable du moindre défaut de forme. S'il s'était opéré dans l'opinion publique un revirement tel que le suppose Gaius, eut-elle laissé subsister, entourée de ses formes anciennes, la procédure devant le tribunal des centumvirs ?

Oui, la procédure ancienne exposait à plus de dangers que la nouvelle, la transition de l'une à l'autre avait pour but de diminuer ces dangers; mais ce n'était pas un affaiblissement de la rigueur du formalisme, comme on pourrait le croire, d'après Gaius, c'était une autre tournure du formalisme qui devait réaliser les facilités que l'on poursuivait. L'écriture remplaça le mot, le Préteur prit la place des parties; déjà nous avons montré l'heureuse influence de ces innovations (p. 168). Une autre circonstance vint s'y joindre. L'énoncé invariable de la demande, l'acte le plus dangereux de toute la procédure fut reculé de la place qu'il occupait au commencement du procès. La formule commençait la procédure ancienne : dans la procédure formulaire, elle ne fut plus conçue qu'après qu'un débat approfondi eût mis en lumière le point litigieux; on retardait ainsi le danger que devait entraîner une erreur dans la rédaction de la formule.

Ce ne fut pas là la seule considération qui amena la ruine de la procédure ancienne. Nous venons de réduire à ses proportions

exactes l'inconvénient qu'elle entrainait: un autre défaut l'entachait. Les Romains l'ont complètement passé sous silence, mais l'histoire en signale l'existance ([485]).

Tous les savants admettent qu'avec la procédure formulaire commence pour le droit romain une ère nouvelle — non seulement pour la procédure proprement dite, mais pour le fond même du droit. On vit surgir alors l'Edit du Préteur, cette source féconde dont les flots devaient imprégner d'une vie nouvelle le droit tout entier ([486]). Ce ne fut point là l'effet du hasard; le système des actions de loi et l'édit ne pouvaient vivre côte à côte. Dans l'ancienne procédure, le Préteur avait les mains liées, il n'était que le rouage d'une machine ([487]), il était en son pouvoir, elle n'était pas dans le sien. La première, la procédure formulaire lui donna cette liberté de mouvement qui était une condition essentielle de son action organisatrice sur le droit. La jurisprudence et le droit coutumier, eux aussi, constamment paralysés jusqu'alors par les règles de l'ancienne procédure, commencèrent une nouvelle vie. Il sera utile d'étudier ici comment la procédure ancienne était parvenue à paralyser le progrès du droit.

Si le principe de la *legis actio* n'avait été qu'un pur principe de procédure, si la dépendance et la contrainte ne s'étaient

---

([485]) Hartmann, *Ordo Judiciorum*, t. I, p. 20-22, cite en outre un avantage important qui s'attachait à l'introduction de la procédure formulaire. Cette dernière dans laquelle l'action régulatrice du Préteur ne consistait pas tant à parler (les mots solennels *do, dico, addico*), qu'à écrire (les termes des formules), échappait ainsi à l'ordre religieux des *dies fasti* et *nefasti*, établi pour le *fari;* l'administration de la justice se débarrassa ainsi d'une entrave qui lui était imposée.

([486]) Gaius, IV, 11 : *Quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur.*

([487]) Ciceron, pro Mur., c. 12 : *Praetor interea, ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid* IPSE SUA SPONTE LOQUERETUR, *ei quoque carmen compositum est.*

manifestées que dans la marche et les formes de la procédure, le développement du fond même du droit n'aurait guères rencontré d'obstacles. L'évolution que nous venons de signaler n'eut donc pas sa cause dans une détente de la rigueur de la procédure opérée grâce à l'introduction de la procédure formulaire. Le défaut le plus grave de la procédure ancienne était que le principe de la *legis actio* était en même temps un principe *matériel*, c'est-à-dire, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, que toute prétention matérielle pour pouvoir être poursuivie en justice devait être reconnue dans la loi, qu'une action n'était possible que si elle se basait sur une *loi*. La législation était ainsi déclarée en principe la source exclusive de toutes les actions.

Quelle est la portée de ce fait ? Source exclusive de toutes les actions, avons-nous dit, et non pas de tout le droit matériel. Toutes les règles du droit privé gravitent autour de l'action, tout en s'éloignant plus ou moins d'elle. Quelques-unes notamment se rapportent *immédiatement* au droit de l'action, l'établissent, le règlent, le limitent, le refusent. D'autres n'influent que *médiatement* sur lui. En premier lieu, elles concernent des questions qui directement n'ont rien de commun avec l'action. Le trompeur doit réparer le dommage causé au trompé : voilà une règle de la première espèce; une erreur essentielle cause la nullité, en voilà une de la seconde. La première trouve son expression complète dans le mot et l'idée de l'*actio de dolo;* pour l'autre, pareille désignation empruntée à l'action fait défaut. C'est la présence ou l'absence de cette désignation comme *actio* qui est le *criterium* pour savoir si la règle appartient à la première ou à la seconde classe.

Cette différence exerçait une influence importante sur le droit ancien : elle déterminait exactement, d'un côté, la puissance organisatrice de la législation sur le droit, de l'autre, celle de la *jurisprudence* et de la *vie*. La législation restait en principe maîtresse du droit des actions proprement dit, — les règles de la première classe lui étaient soumises : la jurisprudence, la vie,

n'avaient là qu'une influence extrêmement bornée; mais sur l'autre domaine elles régnaient souveraines, sinon exclusives, du moins prépondérantes.

Il importe peu que les sources affirment ce fait en termes exprès, pourvu qu'il puisse être établi en réalité. Mais les sources mêmes viennent en quelque sorte le confirmer. POMPONIUS ([488]), divise le droit ancien en trois parties *(tria jura)* : les lois, les actions de loi, et le *jus civile* dans le sens étroit du mot, sous lequel il faut comprendre le droit formé par les juristes anciens (*veteres, qui tunc jura condiderunt)* conjointement avec la législation (p. 153). Ce dernier droit apparait donc ici comme existant en dehors et à côté des actions de loi, bien que celles-ci dussent également leur origine à la jurisprudence, et fussent également désignées comme *jus (Flavianum, Aelianum)*. Appliquée à elles, l'action organisatrice des juristes ne peut donc avoir revêtu le même caractère, ni avoir joué le même rôle, que dans le *jus civile.* C'est ce que démontreront, les explications suivantes.

Occupons-nous d'abord du *jus civile :* et sans nous arrêter à constater le progrès qu'il réalisa spontanément dans le droit, — nous ne ferions que nous répéter, (V. p. 146) — montrons, par quelques exemples, comment ce progrès était possible, et jusqu'où il pouvait s'étendre dans les limites indiquées ci-dessus' sans venir se heurter contre le principe de la *legis actio.*

Parmi les créations spontanées de la jurisprudence ancienne se trouvait l'usucapion de l'hérédité comme telle. En l'introduisant, la jurisprudence donnait indirectement une action *(hereditatis petitio)* à celui qui s'était emparé de l'hérédité, mais l'innovation ne toucha pas directement à la pétition d'hérédité. Ce qu'elle était auparavant : un moyen de protéger l'héritier, elle le demeura. Elle ne fut pas étendue de l'héritier au non-héritier, ce fut la notion d'héritier qui fut étendue jusqu'à comprendre l'*usucapiens.*

([488]) L. 2, § 5, 6 de orig. jur. (1-2).

Dans un sens opposé, il en advint de même de la restriction du droit de succession ab intestat des femmes, établie par la jurisprudence ancienne. Nous avons déjà effleuré ce point (p.150). Cette restriction trouvait son expression pratique dans le refus de la pétition d'hérédité, mais celle-ci ne fut pas atteinte immédiatement par cette innovation. Elle n'était pas enlevée à certains héritiers, seulement certaines personnes cessaient d'être héritiers.

L'introduction coutumière de la *querela inofficiosi testamenti* (189), est un troisième exemple qui nous est fourni par la pétition d'hérédité. Ce n'était point là une action nouvelle, elle conservait la forme de la pétition d'hérédité, elle fut cependant une des plus profondes innovations qui se produisirent dans le droit civil.

Si dans ce cas, et dans d'autres encore, en matière de droit héréditaire (par exemple lorsqu'elle introduisit le testament par mancipation) la jurisprudence opérait dans le cœur même des institutions des révolutions profondes sans que la surface extérieure de l'action en parût modifiée, elle put aussi dans toutes les autres institutions amener des changements non moins importants. La *reivindicatio* ne subit aucune altération, quelques bouleversements que la jurisprudence introduisît dans la théorie des modes d'acquisition de la propriété, par exemple dans celle de l'usucapion. L'*actio confessoria* ne fut pas effleurée dans les essais qui purent être tentés avant la loi Scribonia pour appliquer l'usucapion aux droits de servitude. Mais on n'eût pu essayer de l'étendre à des servitudes que la loi ne reconnaissait pas, (par exemple, aux servitudes urbaines de l'époque postérieure), car aussitôt son caractère de *legis actio* y eût mis obstacle; elle ne s'appliquait qu'à l'*iter*, *via*, *actus*, *aquaeductus*.

D'autres règles, d'autres mesures introduites par la juris-

(189) C'est G. HARTMANN, *Ueber die Querela inoff. testamenti*, Basel, 1864, p. 7, qui a attiré mon attention sur ce point.

prudence pourraient être citées encore, qui ne le cédaient pas en importance à celles que nous venons de parcourir; toutes, elles confirment ce que nous avons avancé : parmi elles on ne rencontre pas une seule action (490).

L'*action nait de la loi.* Presque toutes les actions qui dérivent de l'ancien droit témoignent de la même origine. Peu nombreuses sont les lois de l'époque ancienne qui contiennent des dispositions de principes, mais celles qui ont pour objet le droit des actions et la forme de la procédure se présentent en foule. Les quelques paragraphes de GAIUS sur les *legis actiones* en citent plus de cette dernière catégorie que ses quatre livres réunis n'en citent de la première (491); il n'est pas de fragment dans toute la littérature juridique romaine qui, en moins d'espace, invoque plus souvent la loi (492). Le droit coutumier n'est mentionné qu'une seule fois, à l'occasion de la *pignoris capio* donnée aux soldats relativement à certains droits (493), et cette dérogation à notre principe parait d'autant moins importante qu'il ne s'agit pas là d'une action proprement dite, mais seulement de

(490) Je signale particulièrement la transformation du droit de famille (émancipation, adoption, *coemptio fiduciae causa, in jure cessio tutelae*), l'introduction de la *manumissio vindictae*, l'*in jure cessio* de l'*hereditas legitima*.

(491) V. la liste des *leges* dans l'édition de LACHMANN, p. 428. Je ne parle naturellement ici que des lois de l'époque des *legis actiones*.

(492) Mention de la loi sans indication de nom : GAIUS, IV, 11, 13, 21, 22, 23, 24, 26, 28; avec indication: Loi des XII tables, IV, 11, 14, 21, 28, *lex Pinaria* 15, *Silia, Calpurnia* 19, *Publicia, Furia de Sponsu*, 22, *Furia testamentaria, Marcia* 23, 24, *Aebutia* et deux *leges Juliae* 30, deux *leges* dont les noms ne sont pas lisibles dans le manuscrit *(praediatoria?)* 25, 28. Combien n'y en avait-il pas encore dans les parties illisibles du manuscrit? On ne peut contester du reste qu'il y en a encore plusieurs qui manquent chez GAIUS, par exemple, la *Lex Hostilia*, pr. Inst. de iis, per quos (4-10) et d'autres.

(493) GAIUS, IV, 26, 27.

l'extension d'une *legis actio* extrajudiciaire déjà existante ([494]). On ne connait aucun exemple de l'introduction d'une action proprement dite par le droit coutumier ou la jurisprudence.

Cependant si la législation inspirait exclusivement tout mouvement et tout progrès *spontané* de ce côté du droit, la jurisprudence n'y avait pas moins son action à exercer. Mais cette action était limitée, elle correspondait à celle de l'ancienne interprétation (p. 142 s.) Le mot ([495]), base de l'idée des *legis actiones,* devait être maintenu : mais le mot permettait toutes les combinaisons que nous venons d'esquisser. Sans introduire de changement dans les mots, plus d'une action put être étendue, ou restreinte au-delà ou en-deçà de ce qu'aurait permis la loi : ainsi, par exemple, l'*actio de tigno juncto,* dans laquelle on prenait le mot *tignum* dans le sens le plus large, l'*actio arborum furtim caesarum* avec le mot *arbores,* l'*actio de glande legenda* avec le mot *glans* ([496]).

Mais tous ces efforts avaient leur limite : on s'épuise à torturer le sens du mot. Le mot *in jure,* par exemple, n'aurait jamais pu dire, le contraire de ce qu'il exprimait : et c'est cependant ce

---

([494]) La *pignoris capio* était déjà reconnue dans la loi des XII tables, mais cette extension se place au moins 50 années plus tard, car elle suppose l'introduction de la solde.

([495]) Cela excluait les fictions, aussi Gaius n'en parle-t-il qu'à l'occasion de la procédure formulaire (IV, 32 et s.)

([496]) V, sur ces exemples L. 1 de tign. junct. (**47**-3) L. 3 arb. furt. (**47**-7) et ci-dessus p. 146. Autre exemple : le mot *nocet* dans l'*act. aquae pluviae arcendae,* p. 147. Un exemple de l'époque postérieure dans lequel s'accomplit également une profonde transformation sans le moindre changement extérieur, est fourni par l'interprétation variée des mots de la formule : *quanti ea res est.* Dans le sens du droit ancien ils se rapportaient à l'estimation objective (T. II, p. 109) L. 193 de verb. sign. (**50**-16) L. 4, § 11 vi bon. (**47**-8), mais les juristes l'étendaient aussi à l'*interesse,* L. 4, § 7, Damn. inf. (**39**-2) L. 68 de rei vind. (**6**-1). Comp. surtout pour l'*act. furti,* la L. 50 pr. de furt. (**47**-2) avec la L. 27, 80, § 1 ibid.

qui aurait dû arriver si on avait voulu effectuer par voie d'interprétation pure, le changement dont il a été question plus haut (p. 256) dans la marche du *manum conserere.* On brisa alors résolument avec le principe de la *legis actio,* et l'on introduisit dans la formule un mot qui était en contradiction ouverte avec le texte de la loi. Gaius, nous a conservé un autre exemple (497); la manière dont il s'exprime à ce sujet trahit qu'il devait y voir une grande anomalie.

Si largement donc que le système des *legis actiones* aidât au libre développement du droit, il paralysait cependant en de certains points, d'une manière absolue, les efforts de la jurisprudence et du Préteur. Nul n'avait la puissance d'empêcher le cours d'une action légalement établie, son résultat dans le cas particulier dont il s'agissait, dût-il aller directement à l'encontre de l'intention réelle de la loi, dût-il froisser violemment le sentiment juridique naturel; mais nul non plus, même dans les cas les plus urgents et les plus légitimes, n'avait le pouvoir de donner une action que la loi n'avait pas prévue.

Cette tyrannie devait finir par peser de plus en plus lourdement sur la vie romaine; elle a dû indubitablement hâter la ruine de la procédure des actions de loi. L'Angleterre aussi a subi ce rigorisme excessif de la loi, elle a connu le joug de cette impitoyable légalité; mais chez elle aussi, la vie a triomphé enfin. Par l'institution de ses cours d'équité (courts of equity) (498), l'Angleterre chercha à réaliser les facilités que Rome avait conquises par sa procédure formulaire: mais jamais ces cours ne s'élevèrent à la hauteur des progrès réalisés par le Préteur romain.

---

(497) Gaius, IV, 24, *nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae* PRO JUDICATO *verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.*

(498) V. les ouvrages cités à la note 462 de Lolme, chap. 11, et Gneist, § 125, et en outre Rüttimann, *der engl. Civilprocess*, Leipz., 1851, § 8-10. 83.

Une des conséquences de l'ancienne procédure des actions de loi et qui lui survécut longtemps, se manifesta dans la façon de traiter et de concevoir l'action. Nous nous trouvons ici en présence d'une différence marquée entre la jurisprudence romaine et la jurisprudence actuelle. Il serait difficile de l'expliquer ici en quelques mots, et nous devrons nous borner à en faire une courte analyse [499].

Si l'on compare entre elles la jurisprudence romaine et la jurisprudence actuelle dans leurs travaux scientifiques sur le droit romain, on constate que, tant dans l'étude des institutions isolées que dans l'ordonnance de tout le système, l'une s'appuie avant tout sur l'*action*, et l'autre prend pour base le *droit*. Prenant en règle générale l'action pour point de départ, le juriste romain remonte d'elle jusqu'au droit qui en est la condition; le juriste actuel suit une marche directement opposée : il rattache tout le système juridique à des principes juridiques. Les Romains, aussi bien dans leurs formules législatives (Édit du Préteur), que dans toute leur doctrine, prennent l'action comme base de leurs divisions et comme guide de leurs décisions [500]. L'intérêt immédiat et pratique, tel était le premier mot de la théorie romaine; aujourd'hui l'on examine avant tout l'intérêt théorique et scientifique.

S'il ne s'agissait là que de points de départ différents, devant aboutir, en fin de compte, au même résultat, ce contraste ne présenterait qu'un intérêt purement systématique. Mais il y a là une différence pratique qui engendre les conséquences les plus diverses pour le développement du droit, tant dans sa forme que dans sa direction et dans ses progrès. Le droit de donner

---

(499) V. WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts vom standpunkt des römischen Rechts*, p. 229 s.

(500) V. un exemple intéressant dans KRETSCHMAR, *Die Natur des Prälegats*, p. 108 s. Sur la divergence d'opinions entre les juristes romains en ce qui concerne les *genera furtorum* (GAIUS, III, 183).

l'action était à Rome l'apanage de la puissance publique, du peuple, du Sénat, du Préteur. Dans le droit nouveau même, c'est la *lex* seule, (dans le sens romain), comme autrefois, ou du moins l'État qui donne l'action. C'est de lui-même et non pas de l'État que le Romain tient son droit sur ses enfants, sur sa *familia*, mais l'action, le droit à la protection de l'État est, à ses yeux, un don de l'État [501], don que la jurisprudence est impuissante à lui assurer. Lorsque le peuple ne prend pas lui-même l'initiative, la jurisprudence qui le représente peut bien presser le Préteur d'introduire une action, mais l'introduire elle-même, à sa place, elle ne le peut. Le Préteur était un intermédiaire indispensable pour la jurisprudence romaine; la jurisprudence moderne remplit elle-même ce rôle jusqu'à un certain point. La jurisprudence actuelle, en effet, atteint elle-même le but que le Préteur, anciennement, était chargé de réaliser. Or, si elle le peut, la cause en est uniquement dans la conception moderne de l'action. Dès le moment qu'un droit est établi à ses yeux, dès qu'elle se trouve en mesure d'en démontrer le fondement et la nécessité interne par voie de déduction, elle admet par cela même l'existence de l'action. Elle envisage l'action, non comme une notion indépendante, mais comme une simple conséquence du droit. Pour nous, chaque fois que la loi reconnait une prétention, la forme de sa réalisation, c'est-à-dire l'action et le juge, en est la conséquence logique. Notre conception actuelle fait de la protection juridique de l'État comme l'athmosphère nécessaire planant au-dessus de tous les droits; c'est l'air respirable du droit, une *res communis* profitant à tout ce qui vit et se meut sur le sol du droit. L'action n'est, à nos yeux, que la protection de l'État accordée dans un cas particulier pour un objet déterminé : elle est une abstraction. Pour les Romains au contraire elle est un *individuum*. Elle a son domaine déterminé, ses principes déterminés, son nom propre, sa for-

---

(501) Ciceron pro Caec., c. 26, (II, p. 60, note 60).

mule propre et son histoire particulière; sa naissance repose sur un fait historique concret, sur un acte spécial d'introduction. C'est ainsi que le nom de l'inventeur d'une action se perpétue avec le nom de l'action même ([502]).

Mais ni le droit en lui-même, ni la déduction et l'abstraction ne suffisent pour donner l'existence à une action; le souffle d'une puissance créatrice doit intervenir pour lui donner la vie : jamais un juriste romain ne *créa* une action. Les forces de la vie et celles de la jurisprudence : la nécessité pratique, la logique, l'analyse, etc., n'ont pu s'essayer encore sur l'action, l'épreuve ne commence qu'avec sa naissance. Mais quel qu'en soit le résultat, que l'action s'étende ou se transforme, elle restera toujours une chose déterminée et limitée, un *individuum;* elle n'ira jamais perdre sa signification précise dans la notion abstraite de la protection juridique.

Les Romains donc, pourrait-on dire en un certain sens, ignorèrent l'action, ils ne connurent que des actions; nous, au contraire, nous ne connaissons plus *les actions*, notre science n'admet que l'*action.* L'idée générale de la protection juridique se fractionne à travers le prisme de la conception romaine en une somme d'actions isolées, tout à fait déterminées et qui peuvent se compter une à une.

Ainsi décrite, la conception de l'action, si importante pour la caractéristique du droit romain tout entier, trouve son expression dernière dans le système des actions de la loi. C'est dans ce système, en effet, que pour la première fois, l'idée qui sert de base à l'action, celle de son individualité juridique,

([502]) Les actions dont l'origine se perd dans l'antiquité, sont nommées d'après leur objet, par exemple, *rei vindicatio, actio confessoria, hereditatis petitio;* celles de l'époque postérieure portent surtout le nom de leur inventeur, par exemple, *actio Publiciana, Pauliana, Serviana, interdictum Salvianum.* Est-ce sans motif que certaines actions de l'Edit du Préteur ont reçu le nom du Préteur qui les introduisit, et d'autres point?

s'est nettement traduite en fait (503). Les *legis actiones* ressemblaient aux cristaux : elles sont invariables et nettement arrêtées jusque dans leurs moindres détails. Une jurisprudence qui pendant des siècles les avait eues sous les yeux et avait eu à opérer avec elles, ne pouvait plus jamais abandonner la notion de l'individualité de l'action.

La conception des *legis actiones*, telle que nous venons de l'exposer, contredit une opinion toute récente d'un auteur moderne (504). J'ai omis d'en parler jusqu'ici pour ne pas nuire à la suite et à l'ensemble de cette étude.

Bien qu'elle ne concerne directement que l'origine des *legis actiones*, cette opinion tend cependant indirectement à modifier leur nature toute entière. D'après elle, les formules avaient un caractère sacré, religieux ; une faute dans leur emploi constituait un outrage à la divinité.

De l'aveu même de l'auteur, ce sont les scrupules excessifs avec lesquels le Romain a manié le mot, qui l'ont tout d'abord amené à chercher dans le ciel le principal fondement des actions de la loi. Si cependant il avait voulu se contenter de regarder autour de lui, la terre elle-même lui aurait abondamment fourni des points de comparaison. L'exemple du droit anglais et islandais, celui de l'ancien droit germanique et français, auraient pu lui enseigner que, même sur un sol profane, le for-

---

(503) Pour le droit anglais il y a à constater le même phénomène, l'individualisation de l'action y dégénère même en un fractionnement tel que les circonstances les plus insignifiantes en droit, les différences purement extérieures des cas, y sont la source d'actions spéciales. V. par exemple, Gundermann, *l. c.*, p. 348, 363, 377, 384, 391. En droit romain on se serait rapporté, dans la plupart de ces cas, à une action existante. Aussi le nombre des actions est-il resté modéré en droit romain, tandis que le droit anglais a presque succombé sous le déluge des actions.

(504) Schmidt dans l'écrit de circonstance cité dans la note 459.

malisme peut atteindre à une floraison qui n'a rien à envier à celle de Rome ancienne.

Que les serviteurs des dieux, les Pontifes, aient été à Rome les compositeurs et les gardiens des actions de la loi, il n'y a dans cette circonstance qu'un fait qui se représente à toutes les époques où les prêtres sont les dépositaires de la science, ou, pour parler moins prétentieusement, les écrivains nationaux. Cette circonstance ne peut suffire pour attacher un caractère sacré aux formules composées par eux. Il suffit, pour s'en convaincre, de songer au recueil de formules composé au VII siècle par le moine MARCULFE.

Le fait que les actions de loi respirent le même esprit que les formules du droit religieux, ne prouve pas autre chose que leur commune origine que nous avons suffisamment prouvée dans le cours de cet ouvrage (p. 86 et s.). Le style particulier des Pontifes a imprégné le droit tout entier : le *fas* comme le *jus*. Cette antique division du droit, ce droit religieux et profane. (T. I, p. 267) enseigne précisément qu'une institution ne revêtait pas un caractère sacré par cela seul qu'un Pontife y avait mis la main.

Une erreur dans la formule, dit-on encore, excitait la colère des dieux, car la formule était empruntée à la loi, or, la loi elle-même se faisait, au moyen des auspices, avec la coopération des dieux. Et l'on cherche une preuve de l'exactitude de cette idée dans la *legis actio sacramento* : le *sacramentum* avait pour but d'apaiser les dieux. L'auteur ne nous dit pas pourquoi les dieux n'exigeaient cette expiation que dans cette seule *legis actio* et non dans les quatre autres, notamment dans la *pignoris capio*, qui, dans certains cas, avait un côté religieux prononcé. Les dieux accordaient-ils donc une protection moins efficace aux loïs qui étaient la source des autres *legis actiones ?* L'injustice de celui qui avait usé de violence au moyen de la *manus injectio* ou de la *pignoris capio* criait-elle moins vengeance au ciel que le fait de celui qui, tout paisiblement, avait suivi les voies du droit dans la forme de la *legis actio sacramento*, et qui avait eu la malechance de commettre une erreur ?

Une seule prescription de la procédure ancienne avait un incontestable caractère religieux, c'était l'observation des *dies nefasti* (§ 57). Or, quelles étaient les conséquences d'une violation de cette prescription ? Inconsciente, elle pouvait et devait être expiée au moyen d'un *piaculum;* intentionnelle, elle était absolument sans rémission. Étant donc admis le caractère religieux de la *legis actio sacramento*, une méprise dans l'usage de sa formule devait également pouvoir être expiée au moyen d'un *piaculum*. Il nous est expressément attesté que l'erreur avait ces conséquences dans les formules *réellement* religieuses ([505]).

Mais notre adversaire nous fournit lui-même les armes qui doivent le combattre. D'après lui, les formules de procédure auraient déjà existé avant la loi des XII tables, et l'on se serait borné à les y transcrire, pour une partie. Il écarte ainsi lui-même le motif tiré du caractère sacré de la loi. Car sur quoi reposait alors le caractère sacré de ces formules antiques ? En réalité si les dieux de Rome n'ont pas mis, au lieu de livres religieux, un recueil de formules de procédure, dans le berceau du peuple, j'ignore d'où ce caractère aurait pu leur venir dans la période préhistorique.

Mais si les lois, si l'appui que les dieux prêtaient aux anciens Romains pour la confection des lois, étaient réellement la source du caractère sacré des formules de la procédure, ce même souffle religieux aurait dû, logiquement, animer toute la Rome antique. Toute violation d'une loi aurait dû être un outrage aux dieux. Si l'omission d'un seul mot dans la *legis actio* offensait la divinité protectrice des lois, la violation, le mépris intentionnel et éhonté de la loi même, devait bien autrement exciter son ressentiment. Le dieu qui menaçait de sa colère la victime d'un vol qui se trompait d'un mot dans l'*actio furti*, devait donc,

([505]) ARNOB. adv. gent. IV, 31. *Piaculi dicitur contracta esse commissio, si per imprudentiae lapsum aut in verbo quisquam... deerraverit.* CICERON de har. resp., c. 23.

sur le voleur lui-même, faire peser tout le poids de sa vengeance. Mais non! ils ne se souciaient point du voleur, ces dieux à l'oreille chatouilleuse qui exigeaient des expiations pour un mot, et pour le crime même ils n'avaient ni un regard de courroux ni une parole de vengeance.

Tant qu'on n'apportera pas la preuve que la violation d'une loi quelconque a été considérée à Rome comme une offense envers les dieux, nous devrons renoncer à faire intervenir, avec l'auteur en question, la colère des dieux, pour expliquer la nature des actions de loi; or, cette preuve on ne l'apportera jamais.

L'espace et le temps comme éléments de la forme du droit.

57. Ce serait un des sujets les plus intéressants et les plus féconds de l'histoire comparée du droit que de poursuivre, dans toute l'histoire, l'examen de ces deux points de vue. Comme conclusion de cette étude, nous rencontrerions probablement partout le même phénomène que nous présente le développement du droit romain: lutte incessante du droit contre l'influence restrictive du temps et de l'espace; progrès successifs du droit dans cette lutte jusqu'à son émancipation complète de cette influence.

Nous n'examinerons ces deux éléments qu'au point de vue de leur importance pour la *forme des actes juridiques dans le droit ancien.*

Parlons d'abord de l'élément d'espace. Personne n'ignore que la victoire remportée sur l'espace, est un des faits les plus importants de l'histoire des inventions, du commerce, et de l'histoire de la civilisation, et l'on sait tout ce que l'esprit d'invention des hommes a réalisé dans ce domaine. Mais ce que l'on sait généralement moins bien, c'est que le droit aussi s'est trouvé en face de ce problème, c'est la façon dont il s'est comporté en

ces circonstances. Les difficultés dont le droit avait à triompher, n'avaient pas leur siége dans le monde extérieur, dans la nature; elles étaient inhérentes à l'homme lui-même, ce qui ne diminuait pas leur gravité. Il a fallu pour les vaincre, non moins de temps et d'efforts que n'en ont dû mettre en œuvre la mécanique et les sciences naturelles pour surmonter les obstacles qui s'opposaient à leurs progrès. Ces progrès, le droit aussi les a conquis. Comparons le droit actuel avec le droit romain; il y a autant de différence entre eux sous ce rapport qu'entre les chemins de fer et télégraphes de notre époque, et les postes et messageries du siècle passé.

Qu'est-ce pour notre droit actuel que l'éloignement, et qu'était-il autrefois! Autrefois obstacle absolu à tout acte juridique, il est aujourd'hui, *juridiquement* ([506]), sans la moindre influence sur les relations. Il est permis aujourd'hui, à n'importe quelle distance, de conclure des contrats, d'acquérir et de transférer la possession et la propriété, etc., — les mandataires et les lettres dispensent celui qui agit de comparaître en personne. Un Romain, à la vue de ce qui se fait aujourd'hui avec du papier et de l'encre, éprouverait probablement le même étonnement que s'il voyait fonctionner la vapeur et l'électricité. Avec le papier et l'encre nous avons remplacé, non-seulement la *personne*, mais encore la *chose*, du moins dans sa partie la plus importante : l'*argent*. Les lettres de change, les billets de banque, le papier-monnaie, permettent aujourd'hui de réduire le poids d'un million à quelques grammes; comparée aux sommes qui tous les jours traversent l'espace sous cette forme vaporeuse et aérienne, la masse de l'argent métallique envoyé se réduit presque à rien. Les relations juridiques modernes triomphent de l'espace en remplaçant les forces *vivantes* par des forces *mécaniques*. La locomotive a remplacé la bête de somme, le télégraphe les messagers, la plume l'homme. La

([506]) Le droit de famille seul exige encore la présence des parties.

vapeur, l'électricité et l'encre sont les leviers des relations modernes.

L'espace n'a plus d'autre importance, dans le droit actuel, que de déterminer les *territoires juridiques* et de circonscrire, jusqu'à un certain point, le *domicile* des relations juridiques (collision des lois étrangères et nationales).

Tout cela nous paraît aujourd'hui naturel et nécessaire, mais un Romain ancien n'en eût pas jugé de même : preuve nouvelle de la signification toute relative qu'il faut attacher à cette idée de *chose naturelle*. Ce qui est naturel, c'est ce qui répond à la manière de voir d'une époque déterminée. Ce qui est naturel à telle époque, ne l'est plus à telle autre. Ce qui distingue notre manière actuelle de traiter le droit de celle de Rome ancienne, c'est la différence de la conception *abstraite* et *sensible*. Nous avons déjà élucidé ce point (p. 110). La forme dans laquelle s'exprimait ce rapport, dans le droit ancien de Rome, est une preuve éloquente de l'influence qu'exerçait l'élément sensible à l'époque ancienne; influence dont nous avons déjà établi l'existence (§ 48). Cette forme était des plus incommodes, elle paralysait le commerce juridique : c'était une chaîne qu'on s'était forgée soi-même, un joug sous lequel on courbait parce que l'on y avait foi, et que l'on respecta tant que cette foi survécut. Cette foi ne s'ébranla, ce joug ne fut rejeté que grâce à une révolution complète dans les idées d'alors, qui demanda des siècles pour s'achever, et qui ne put s'accomplir que sous l'influence d'un bouleversement complet de toutes les relations de la vie.

La notion de l'acte juridique entre absents repose sur cette circonstance que les personnes agissantes se trouvent placées en des lieux différents. Le sens simple se refuse à ce dédoublement dans un seul et même acte. En effet, l'acte pour être *un*, exige une action *une* (T. IV, § 63) : or, comment atteindre à cette unité d'action, si les personnes ne sont pas présentes au même endroit? L'offre et l'acceptation, la demande et la réponse, l'envoi et la réception de la déclaration occupent ici

des moments de temps complètement différents. L'unité du temps suppose nécessairement l'unité de lieu, abandonner l'une c'est abandonner l'autre. Lorsque deux personnes veulent convenir juridiquement (CONVENIRE, *conventio*), il faut qu'elles se réunissent *(cum venire)*; il devient visible alors qu'il y a entre elles une idée commune : leur réunion, *quant à l'espace*, est la condition sensible et naturelle de leur union *quant à la volonté*. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'une disposition immédiate sur une chose. Comment pourrait-on la faire d'un lieu éloigné ? Cela échappe au sens naif. Celui-ci demande à *voir* l'objet dont il s'agit : plus encore, il exige que le rapport juridique dans lequel on veut se placer avec l'objet, ou que l'on veut faire valoir à son égard, bref que la relation et la direction de la volonté quant à cet objet, se manifeste et s'incorpore dans une action extérieure exercée sur lui. — La nécessité de l'unité du lieu existe aussi pour les *choses :* là où la chose est l'objet immédiat de l'acte juridique (transfert de possession et de propriété, revendication, *operis novi nunciatio*) ([507]), la personne agissante doit être présente.

L'acte juridique se déroule ainsi sur un terrain où personnes et choses doivent être présentes. Pour les personnes, le terrain est déterminé par la nécessité de la *conclusion orale* de l'acte (p. 276), il s'étend aussi loin que portent la *voix* et l'*oreille*. C'est pourquoi dans tous les actes formels et dans toutes les actions de la procédure dans lesquels le discours s'adresse à l'adversaire, les deux parties doivent être en présence ([508]). Pour les *choses*, le

---

([507]) L. 5, § 2 et 3 de op. nov. n. (**39-1**). *Nunciationem autem in re praesenti faciendam i. e. eo loci, ubi opus fiat... sufficit in re praesenti nunciari, ei, qui in re praesenti fuerit.*

([508]) Nous avons déjà fait cette remarque pour la stipulation, la mancipation, la cession judiciaire et les *legis actiones* (à l'exception de la *pignoris capio*, GAIUS, IV, 29); je citerai encore la *confessio in jure* et la *jurata operarum promissio* nommées dans la L. 6, § 2 de conf. (**42-2**), ainsi que la *sententia arbitri*, L. 27, § 4 de rec. (**4-8**).

champ juridique est déterminé par la nécessité de l'*appréhension* (mancipation, cession judiciaire, revendication, p. 252), il s'étend aussi loin que la *main*. Son horizon a même été reculé beaucoup plus loin, dans le droit nouveau, pour la tradition (p. 117) il n'a d'autre limite que la portée de la *vue (traditio longa manu)*. La portée de la volonté selon l'espace, est donc en rapport avec celle des organes : la main, les organes de la parole, l'oreille, la vue — au-delà, la volonté ne peut avoir aucun effet. Pour lui en attribuer un, l'écriture aurait dû remplacer la parole, on aurait dû pouvoir parler par l'intermédiaire d'un représentant, et quant aux choses, on aurait dû renoncer à la nécessité d'une action actuelle ou possible (possession).

Le droit ancien fut absolument impuissant à réaliser ces progrès. Au principe seul de la présence de la chose, il apporta dans la procédure de revendication, non une exception mais un allégement, en permettant la représentation de l'objet litigieux (p. 190) ([509]), cette innovation réagit sur la mancipation des choses immobilières, et entraina même pour elle l'abandon complet de ce principe (p. 258).

Tous les actes juridiques étaient soumis à la condition que nous venons d'examiner. Pour certains d'entr'eux, ils étaient soumis à une autre condition, celle-ci *absolue*, déterminant le lieu où l'acte devait se passer. Tous les actes qui réclamaient la coopération du peuple, des autorités civiles ou religieuses (p. 208 s. : 1, 2, 3) devaient se traiter au siége même de ces pouvoirs, à Rome ([510]). Voici, en les groupant d'après les matières

---

([509]) Non-seulement pour les choses immobilières, mais aussi pour les choses mobilières qui ne pouvaient pas facilement être apportées en justice. Gaius, IV, 17.

([510]) Quant à l'endroit, à Rome, il s'indique de lui-même. La topographie de Rome, au point de vue du droit et des relations juridiques, serait peut-être intéressante à faire. Voici à cet égard quelques indications. Les promesses sous serment se faisaient à l'époque antique sur l'autel d'Hercule *(ara maxima)*; les transactions, dans le temple de la Concorde

auxquelles ils appartiennent, les actes qui devaient se faire à Rome même :

EN MATIÈRE DE DROIT DE FAMILLE :

l'arrogation, l'adoption, l'émancipation, la conclusion et la dissolution du mariage par confarreation, la cession de la tutelle;

EN MATIÈRE DE DROITS RÉELS :

la manumission, la constitution des servitudes urbaines et personnelles;

EN MATIÈRE DE DROIT HÉRÉDITAIRE :

la confection du *testamentum in comitiis calatis* — ce qui revient à dire, toute espèce de disposition de dernière volonté, puisque celles-ci n'étaient possibles que dans la forme du testament — et la cession de l'hérédité ([511]);

EN MATIÈRE DE PROCÉDURE :

tous les actes judiciaires de la procédure des actions de loi; dans la procédure formulaire, la procédure s'est déjà émancipée de Rome (*judicia imperio continentia* par opposition aux *jud. legitima* ([512]).

Cette règle souffrait cependant deux modifications. La première consistait en ce que la juridiction *volontaire* des magistrats romains (*legis actio* dans ce sens) n'était pas restreinte à

(PLINE, Epist. V, 1), le butin de guerre était exposé au champ de Mars, afin de permettre aux propriétaires primitifs de le reconnaître (TITE-LIVE, III, 10. XXXV, 1) — que l'on veuille remarquer l'allégorie de la place dans ces deux cas — l'adjudication aux enchères publiques des débiteurs obérés se faisait à la colonne *Maenia* sur le Putéal (*Schol. Bob.* ORELLI, II, 295) près du *Carcer* (PLINE, *H. N.*, VII, 60), le *sacramentum* était déposé au *pons sublicius*.

([511]) Et l'adition d'hérédité? Malheureusement nous n'avons aucun renseignement sur ce point. La *bonorum possessio* du droit postérieur devait être sollicitée ou notifiée devant le Préteur (bien que pas toujours devant son tribunal) donc en règle générale, à Rome.

([512]) GAIUS, IV, 104, 105.

Rome, elle les accompagnait aussi dans leurs voyages, par exemple dans les provinces ([513]). La deuxième remplaçait en faveur de l'armée le *test. in comitiis calatis*, par le *test. in procinctu*, et reconnaissait au chef d'armée l'exercice de la juridiction civile sur les soldats comme celui de la juridiction criminelle ([514]). Ce pouvoir impliquait en même temps la juridiction volontaire, et permettait de présider à tous les actes à accomplir par *in jure cessio*. L'affranchissement pouvait donc aussi se faire en campagne, de sorte qu'il n'y avait que la conclusion ou la dissolution du mariage par confarréation qui devaient être retardés jusqu'au retour. — Cette dernière restriction, du reste, n'avait aucune importance pratique.

Abstraction faite de ces deux modifications, toute personne qui voulait accomplir un des actes ci-dessus, devait se rendre à Rome. Tant que le domaine romain fut contenu en d'étroites limites, cette organisation ne fut guères génante. Qui ne se rendait de temps à autre à la ville? Les marchés, le service des dieux, les jeux, les fêtes, les réunions du peuple étaient autant d'occasions de se déplacer. Les citoyens romains n'avaient pas

---

([513]) KELLER, *Röm. Civilproc.*, § 3. Il y a doute sur le point de savoir si cela exista toujours. Cette disposition émanait en partie d'une époque postérieure. Sur la manière dont on profitait à Rome des occasions pour pratiquer cette juridiction volontaire. V. PLINE, Epist., IV, 16, VII, 32.

([514]) GELLIUS, VII, 1. VAL. MAX., III, 7, 1. TITE-LIVE, epit. lib. 86. Dans quelle forme? La *legis actio sacramento*, d'après nos renseignements, devait se faire à Rome et exigeait la coopération des Pontifes. La procédure au camp, avait-elle, grâce à l'absence de juristes de profession, des allures plus libres? C'est ce qu'il y a de plus probable. La procédure devant le chef d'armée appartenait à la classe des *judicia imperio continentia (quae imperio continent)*, c'est-à-dire celles qui correspondent avec l'*imperium* et non *quae imperio continentur*, c'est-à-dire qui y sont contenues; le mot *continere* se présente très-souvent dans ce sens, par exemple, *aedificia continentia*, L. 4, § 2, quib. c. pign. (20-2). L. 6 de proc. (3-3).

plus à se déranger alors, qu'aujourd'hui les justiciables de certains cantons étendus.

Mais à mesure que la domination romaine recula ses frontières bien au-delà de Rome, les choses changèrent de face. Calculé pour les besoins d'une ville, le fonctionnement de la constitution et du droit privé pouvait-il être maintenu tel lorsqu'il s'agissait d'un royaume ? La législation eut une grave question à résoudre : elle se trouva dans l'alternative ou de maintenir ce qui existait, c'est-à-dire une centralisation excessive, ou d'adopter un système convenable de décentralisation. La solution fut incomplète, la disproportion entre une ville et un royaume s'aggrava de plus en plus, détraqua les institutions, et la république s'écroula. La difficulté était moins grande cependant en ce qui concernait le droit privé, que par rapport au droit public et elle eût pu être bien plus aisément surmontée. Mais même en cette matière il se rencontra une négligence et une résistance des plus significatives. Cette remarque s'applique spécialement à tous les actes et à tous les rapports du droit privé qui présentaient un côté religieux quelconque, et qui étaient attachés à Rome comme étant de la compétence du collége des Pontifes. N'était-ce pas une chose choquante qu'on ne pût, même à l'époque de GAIUS, faire une arrogation ailleurs qu'à Rome ([515]) et qu'il fallût dans ce but venir des provinces les plus éloignées ? N'était-il pas excessif de forcer un gouverneur de Bithynie, comme PLINE, à se transporter à Rome, pour obtenir du Pontifex maximus (TRAJAN) l'autorisation de consentir au déplacement d'un tombeau ? ([516]) De son propre aveu ses prédécesseurs étaient moins scrupuleux et avaient probablement bien souvent passé outre.

Avaient-ils tort? Lorsque le législateur oublie de faire disparaître des institutions surannées, la pratique peut et doit

---

([515]) GAIUS, I, 100.

([516]) PLINE, Epist., X, 73 (69). V. la réponse de TRAJAN, ibid., 74.

s'aider elle-même; c'est ce qui est arrivé à Rome comme partout ailleurs. Le Préteur, pour la *manuum consertio,* devait se transporter avec les parties sur le fonds litigieux. Comment faire, lorsque ce simple transport que la loi avait en vue, eut dû dégénérer en tout un voyage? Pour satisfaire à la loi, les Préteurs auraient dû négliger tous leurs autres devoirs. Nous avons déjà vu qu'ils furent assez intelligents pour passer outre ([517]). Les autres fonctionnaires agirent de même. Le chef d'armée ne revenait plus à Rome pour y renouveler les auspices ([518]), les féciaux se dispensaient du voyage lointain qu'il leur aurait fallu entreprendre pour aller jeter la lance sur le territoire ennemi. En vrai Romains, ils se contentaient d'une représentation figurée du sol sur lequel ils auraient dû accomplir la cérémonie : du moins c'est ce qui nous est expressément attesté dans trois cas ([519]).

([517]) Ce que dit GELLIUS, XX, 10, de ce cas, s'applique à tous les autres. *Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis jurisdictionibus negotiis occupati* PROFICISCI *vindiciarum dicendarum causa in* LONGINQUAS RES GRAVABANTUR, *institutum est contra XII tabulas* TACITO CONSENSU, etc.

([518]) A l'époque antérieure il était rappelé à cet effet, à Rome, par le Sénat, TITE-LIVE, VII, 19. XXIII, 22; plus tard il fut chargé simplement : *ut dictatorem* IN AGRO ROMANO *diceret* (V. note suivante). TITE-LIVE, XXVII, 29. Pourquoi le dictateur devait-il être nommé en ville? Parce qu'il était nommé pour la ville (principe de la présence). Au camp il n'avait pas le pas sur le consul, l'*imperium* de tous deux était égal. Au contraire celui des consuls, dans la ville, était limité par le droit d'intervention des tribuns et la provocation à l'assemblée du peuple. Ecarter ces restrictions était le but et l'avantage de la dictature. Depuis l'extension du droit de provocation au-delà de la banlieue, la dictature (qui l'excluait) acquit par cela même la même extension.

([519]) T, I, p. 345. Il n'y a pas de témoignage en faveur du cas dont il s'agit dans la note précédente. Y a-t-il peut-être dans les mots *in agro romano* de la formule une invitation à figurer l'*ager Romanus,* ou bien la notion a-t-elle été comme celle de la propriété foncière, dès l'abord, élastique, c'est-à-dire cela se rapportait-il au pays soumis temporaire-

Le commerce juridique eut plus de difficulté à se débarrasser de cette nécessité de la présence à Rome. Il n'y réussit même complètement que quant à la forme du testament. Le testament par mancipation inventé par lui, qui à côté de ses autres avantages dispensait de la présence à Rome, remplaça entièrement la forme ancienne. Quant aux autres actes, aussi longtemps que le Préteur n'usa pas de son influence, il n'y avait qu'à recourir à un expédient : c'était de conclure l'acte *en fait* hors de Rome sous la protection des usages. Les affranchissements nous en fournissent le principal exemple. On déclarait l'esclave libre, devant témoins *(manumissio inter amicos)* et on le traitait désormais comme tel jusqu'à ce que l'on trouvât le temps et l'occasion de renouveler l'acte à Rome devant le censeur ou le Préteur, dans la forme obligée ([520]). Nous en trouvons un autre exemple dans la constitution d'un tuteur par l'autorité, en vertu de la loi Atilia *(tutor Atilianus)*. Elle devait se faire à Rome ([521]), mais jusqu'à ce que l'on trouvât l'occasion de faire le voyage de Rome, l'un ou l'autre proche parent du pupille administrait en *fait* la tutelle. C'est ce qui s'était toujours fait

ment à la domination romaine et équivalent ainsi au sol romain ? Ces deux notions ne s'appliquaient qu'au sol italien. Seulement la notion de la propriété foncière *(praedium in italico solo)* pouvait être transportée aux provinces au moyen de la concession du *jus italicum*, tandis que cela était impossible pour l'*ager Romanus*. Tite-Live, XXVII, 5 : *agrum Romanum... Italia terminari.*

([520]) Cela se fit encore à l'époque postérieure après que la *lex Junia Norbana* eut reconnu légalement les affranchissements imparfaits. V. par exemple, Pline, Ep. VII, 16, *si voles vindicta liberare, quos proxime inter amicos manumisisti.* Virg., Buc. I, 28. *Causa Romam videndi fuit libertas.*

([521]) V. contre l'opinion qui admet qu'elle n'aurait été appliquée qu'aux pupilles de la ville (Rudorff, *Recht der Vormundschaft,* T. I, § 47), Th. Mommsen, *die Stadtrechte der lat. Gemeinden Salpensa und Malaca,* p. 438.

jusqu'à l'apparition de la loi. Dans ce cas aussi le Préteur donna plus tard au fait la consécration du droit au moyen des dispositions de l'édit sur les tuteurs de fait (protuteurs) ([522]).

Quant à la procédure civile, les parties n'avaient d'autre moyen d'éviter le voyage à Rome qu'en convenant entre elles de se soumettre au jugement d'arbitres. Il était de l'essence du *lege agere* et du *judicium legitimum* que la procédure se passât à Rome; ce ne fut que plus tard, abstraction faite du procès au camp (note 514), qu'il se présenta des cas d'application des *judicia imperio continentia* ([523]), sous forme de procès entre citoyens romains hors de Rome. Mais l'extension du territoire devait cependant réagir sur la procédure. Nous avons déjà constaté (p. 257 et 325) son influence incontestable dans deux circonstances : l'une où le Préteur se dispense d'assister à l'acte de revendication de choses immobilières; l'autre où les lois *Silia* et *Calpurnia* dégagent les parties de l'obligation de comparaître lors de la première phase de la procédure. La *lex Hortensia* de l'an 465 avait également pour but d'éviter les voyages inutiles. Elle disposait que les jours de marché *(nundinae)* qui avaient été jusque là *dies nefasti* ([524]), seraient dorénavant *dies fasti;* en d'autres termes, elle permettait à la population des campagnes de soigner ses affaires judiciaires les jours où elle se rendait à la ville pour les marchés ([525]).

Il résulte de tout ce qui précède, que pendant des siècles encore la forme des actes du droit privé et l'organisation de la procédure conservèrent le caractère qui distinguait le droit romain à son origine, celui de *droit d'une ville*. Il ne rentre pas

([522]) Dig. XXVII, 5 et 6.

([523]) Gaius, IV, 105... *extra primum urbis Romae miliarium.*

([524]) Festus, *Nundinae.*

([525]) Macrobe, Sat. I, 16. *Lege Hortensia effectum est, ut (nundinae) fastae essent, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent.*

dans notre sujet de poursuivre la même démonstration pour le droit public ecclésiastique ni pour la religion ([526]).

Les restrictions auxquelles était soumise la *forme* ([527]) des actes juridiques quant au *temps*, peuvent également être ramenées à deux classes : les unes étaient *relatives*, les autres *absolues*.

La restriction relative a son fondement dans l'idée de l'*unité de l'acte :* elle porte sur ce que les diverses actions nécessaires pour constituer l'acte, doivent être faites au même moment. Ce point fera l'objet d'une explication plus approfondie. (T. IV, § 63).

Les restrictions absolues étaient d'une double espèce. Celles de la première espèce étaient *positives*. Certains actes ne pouvaient être faits qu'à certaines époques, par exemple, les testaments (deux fois par an) ([528]) et les affranchissements (tous les cinq ans une fois, à l'occasion du recensement) ([529]). Ces deux restrictions ne purent être longtemps maintenues, et le commerce juridique les écarta de bonne heure ([530]). Une autre restriction était d'espèce *négative :* elle concernait la prohibition des actions de loi aux *dies nefasti*. Comme tout ce qui touchait à la division du temps, cette prescription avait un caractère religieux. Elle n'intéressait pas les parties pour qui, à l'origine, la série des *dies fasti* et *nefasti* était restée un mystère. Elle ne s'adressait qu'au magistrat ([531]). Encore ne contenait-elle pour lui qu'une recommandation : s'il la transgressait, il devait l'expier par un *piaculum*, mais l'action n'en était et n'en

---

([526]) Le texte classique sur ce point est Tite-Live, V, 52.

([527]) Nous verrons dans la théorie de la volonté subjective (§ 53) le rapport très-important du temps avec le *contenu* de l'acte.

([528]) Gaius, II, 101. *Calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.*

([529]) Cela résulte déjà de la controverse dans le *Fragm. de manum.* (Dosith.), § 7a.

([530]) Sur les affranchissements, v. note 298.

([531]) Varron de LL. VI, 29, praetoribus *licet dicere;* 30, *nefas* praetorem *dicere*. V. aussi Macrobe, Sat. I, 16.

restait pas moins valable, aussi bien qu'une foule d'actions extrajudiciaires entreprises en violation d'une obligation existante. En d'autres termes la disposition n'avait que la nature d'une *lex minus quam perfecta* (552). Cette dernière restriction n'apportait pas plus d'entraves (553) aux actes extrajudiciaires de la procédure des actions de loi (p. 421) qu'aux actes juridiques en tant qu'ils n'exigeaient pas la coopération de l'autorité dans la forme de la *legis actio* (554).

FIN DU TOME III.

(552) VARRON, § 30 cit. ULP., Prooem. § 2.

(553) Ce que GAIUS remarque, IV, 29, de la *pign. capio,* n'est donc pas une irrégularité ou une disposition utilitaire. (BETHMANN HOLLWEG, *Handbuch der Civilproc.,* I, p. 223 : la *pign. cap.* ne souffrait aucun délai) mais une conséquence nécessaire du principe, et s'appliquait à toutes les actions de loi extrajudiciaires.

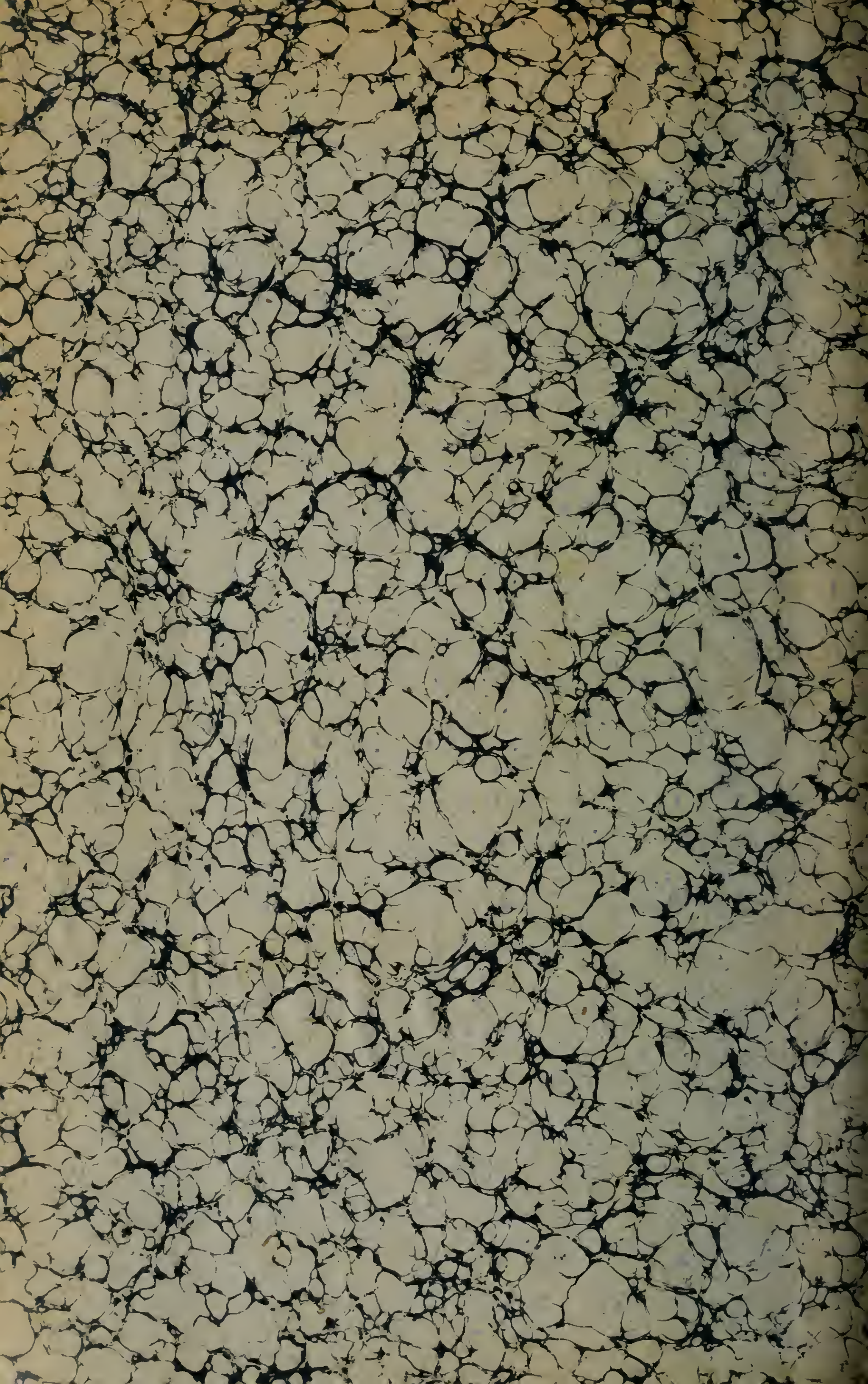
(554) Cependant les avis sont partagés sur cette question, v. BETHMANN HOLLWEG, *l. c.,* I, p. 86.

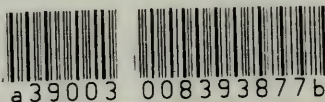

AL VANDER
TCOMET HAGHEN.

TABLE DES MATIÈRES DU TOME III.

LIVRE DEUXIÈME.
SYSTÈME DU DROIT STRICT.
(Suite.)

TITRE III. — TECHNIQUE DU DROIT ANCIEN.
CHAPITRE I. — *Notion de la technique en général.*
SECTION 1. — *Appréciations divergentes du juriste et de l'homme du monde.*





DATE DUE

15 AVR. 1993			
MAR 2 8 1997			

CAT. NO. 1137

